SPIEL UND WETTE.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

JOHANNES DREYSEL

REFERENDAR IN PLAUEN.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

BORNA-LEIPZIG

BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE

1910.

Meiner Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0105

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Der Begriff des Spiels und der Wette 1

I. Teil.

Wesen und rechtliche Natur von Spiel und Wette.

§ 2. Spiel und Wette als Rechtsgeschäfte 4
§ 3. Der Unterschied von Spiel und Wette 6
§ 4. Die einseitige Wette 13
§ 5. Das Verhältnis der Wette zur Auslobung 14

II. Teil.

Historischer Überblick.

§ 6. Spiel und Wette im römischen Recht 19
§ 7. Spiel und Wette im deutschen Recht 24
§ 8. Die Zeit von der Rezeption bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch . 30

III. Teil.

Spiel und Wette im geltenden Recht.

§ 9. Systematische Stellung und rechtliche Behandlung der Spiel- und Wettverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch 35
§ 10. Die Folgen der Unklagbarkeit von Spiel und Wette 37
§ 11. Der Ausschluß des Rückforderungsrechts 39
§ 12. Gleichbehandlung von Spiel und Wette mit anderen Verträgen 42
§ 13. Die Ungültigkeit von Verbindlichkeiten zum Zwecke der Erfüllung von Spiel- oder Wettschulden 46
§ 14. Die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit zur Erfüllung von Spiel- oder Wettschulden 50
§ 15. Das Darlehn zu Spiel- oder Wettzwecken 52
§ 16. Auftrag und Vereinigung zu Spiel- oder Wettzwecken 55

Literaturverzeichnis.

Beseler, System des deutschen Privatrechts. 4. Aufl. Berlin 1885.
Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bd. 1. 2. Aufl. 1902.
Bluntschli, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. München 1854.
Bode, Spiel und Wette. Jena 1905.
Bruck, Über Spiel und Wette. Greifswald 1868.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. Jena 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902.
Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. Bd. 2. Stuttgart 1800.
Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz. 3. Heft. Rostock 1858.
Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 2. 4. Aufl. Halle 1888.
Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. Halle 1901.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 3. Mannheim 1905.
Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1823.
Elster, Über den Begriff und die systematische Stellung der Spielverträge. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26. Berlin 1905.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. Berlin 1903.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. München 1904.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5.—7. Aufl. Tübingen 1908.
Gengler, Das deutsche Privatrecht. 4. Aufl. Erlangen 1892.
Gerber, System des deutschen Privatrechts. 15. Aufl. Jena 1886.
Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bd. 11. Erlangen 1809.
Goldschmidt, Wette und Glücksspiel. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 28. Stuttgart 1882.
Goltz, Bedingung—Wette. In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1909.
Gompertz, Die Behandlung von Spiel und Wette im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Borna-Leipzig 1903.
Hamm, Zum Prozeß Hoensbroech kontra Dasbach. In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1905.
Heimbach, Spiel. Im Rechtslexikon von Weiske Bd. 10. Leipzig 1856.
Heinsheimer, Zum Begriff Auslobung. In der Deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1904.
Hirschfeld, Über Wettrennen und Rennwetten. Bremen 1899.
v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. Bd. 3. Leipzig 1858.
v. Jhering, Jahrbücher. Bd. 4. Jena 1861.
Keller, Pandekten. Bd. 1. 2. Aufl. Leipzig 1866.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Berlin 1906.
Kohler, Auslobung und Wette. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25. Berlin 1905.
Köttgen, Zum Rechtsfall Hoensbroech-Dasbach. Im Recht Jahrg. 1904.

Krügelstein, Über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette. Leipzig 1869.
Laband, Zur Literatur über Versicherungsrecht. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 19.
Majert, Spiel und Glücksspiel. Heidelberg 1904.
Mengel, Spiel und Wette. Leipzig 1902.
Monke, Spiel und Wette im Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostock 1904.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1899.
Neubert, Spielvertrag. Leipzig 1838.
Nissen, Über die Regulierung sogenannter erlaubter Spielschulden durch Wechsel. In der Juristischen Wochenschrift Jahrg. 1901.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
von der Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. Erlangen 1840.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1907.
Puchta, Pandekten. 12. Aufl. Leipzig 1877.
Reuber, Der begriffliche Unterschied von Spiel und Wette. Würzburg 1903.
Reymann, Über Spiel und Wette. Borna-Leipzig 1906.
Schönhard, Alea, Über die Bestrafung des Glücksspiels im römischen Recht. Stuttgart 1885.
Schuster, Das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutung im deutschen Recht. Wien 1878.
Seuffert, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 9.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. Leipzig 1847.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 8. Aufl. Berlin 1907.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. 3./4. Aufl. München 1908.
Stenglein, Glücksspiel und Wette. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1883 Bd. 3.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 3. 3. Aufl. Berlin 1898.
Thöl, Der Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen 1835.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876.
Wächter, Pandekten. Bd. 2. Leipzig 1881.
Walter, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Bonn 1855.
v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. Bd. 2. München 1831.
Wilda, Die Lehre vom Spiel. In der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 2. Leipzig 1839.
Wilda, Die Wette. In der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 8. Leipzig 1843.
Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Winkler, Der Rechtsfall Hoensbroech kontra Dasbach. Im Recht Jahrg. 1904.

Einleitung.

§ 1.

Der Begriff des Spiels und der Wette.

Wenn wir uns an unsere Jugendzeit erinnern, so denken wir dabei vornehmlich an diejenige Tätigkeit, welche damals unser ganzes Denken und Interesse in Anspruch nahm: an das Spiel. Es war unsere einzige Beschäftigung und diente dazu, dem Kinde, das zu ernster Tätigkeit noch unfähig war, die Zeit und die Langeweile zu vertreiben. Erst allmählich kamen wir zu der Erkenntnis, daß unser Dasein einem höheren Zwecke dient, und daß es ernster Bemühungen bedarf, um den Anforderungen, die das Leben an uns stellt, zu entsprechen. Die Arbeit nahm nunmehr einen größeren Raum ein und wurde schließlich zum Mittelpunkt der Lebensbetätigung, während das Spiel mehr und mehr zurücktreten mußte. Trotzdem hat es uns nicht verlassen, sondern ist uns ein treuer Begleiter auf unserem Lebenswege geblieben. Es füllt auch jetzt noch, wenn auch vielleicht in anderer Form, manche freie Stunde aus und trägt dazu bei, uns über die Mühen und Sorgen des Alltags hinwegzusetzen.

Der Ausdruck „Spiel" ist kein absolut feststehender Begriff. Vielmehr kann das, was dem einen als Spiel erscheint und zu seiner Unterhaltung dient, für einen andern ernste Tätigkeit sein und seinen Lebensberuf ausfüllen. Man denke z. B. an den Beruf des Schauspielers oder des Malers, die sich mit ihrer Tätigkeit ihr Brot verdienen, während andere dieselbe Beschäftigung aus Liebhaberei oder zu ihrem Vergnügen betreiben. Während daher die Arbeit die Grundlage des Lebens und der Wirtschaftsexistenz für die bürgerliche Gesellschaft ist, so ist dem Spiel gerade der mangelnde Lebens- und Wirtschaftsernst eigentümlich.

Daraus aber ergibt sich, daß das Spiel zunächst überhaupt kein Rechtsgeschäft ist, da es an sich nicht auf die Hervorbringung eines Rechtserfolges gerichtet ist. In den Kreis der juristischen Betrachtung tritt es erst dann, wenn der Ausgang des Spieles dazu benutzt wird, in der Vermögenslage der Spielenden eine Änderung herbeizuführen, wenn also zwischen den Spielenden ein Vertrag geschlossen wird, durch den Rechte und Verbindlichkeiten begründet werden sollen. Da das Spiel ursprünglich nur

zur Unterhaltung und Erholung dient, so wird der dadurch erzielte Gewinn oder Verlust nur Nebenzweck sein. Aber gerade dieser Nebenzweck ist es, welcher Gegenstand der Gesetzgebung geworden ist, zumal da dieser leicht derart zum Hauptzweck werden kann, daß jemand nur deshalb spielt, weil er hofft, dadurch mühelos einen Vermögensvorteil zu erlangen. Je höher die Einsätze sind und je mehr die Entscheidung des Spiels vom Zufall abhängt, um so mehr wird die gewinnsüchtige Absicht überwiegen, um so spannender aber und die Nerven anreizender wird es sein. Mag dies auch einem dem Menschen angeborenen Hang entsprechen, so artet dieser Trieb doch leicht zur Leidenschaft aus und erweckt trügerische Hoffnungen, die den Menschen von seiner regelmäßigen Arbeit abziehen und ihm schließlich verhängnisvoll werden. So kann das Spiel leicht zum sozialen Schaden ausarten, die Existenz ganzer Familien vernichten und die Arbeitsfreudigkeit weiter Kreise im Volke untergraben.

Hier muß die Gesetzgebung maßvoll eingreifen und dem Übel zu begegnen suchen. Dies ist zu verschiedenen Zeiten, wie die Geschichte uns lehrt, in verschiedener Weise geschehen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß eine äußere Satzung nicht imstande ist, das Übel mit der Wurzel auszurotten. Das Gesetz kann nur lindernd eingreifen und muß dabei stets von politischen Gesichtspunkten ausgehen. Man muß sich immer vor Augen halten, daß, wie in so vielen anderen Fällen, auch hier das Verbotene den Menschen nur noch mehr reizt, und daß er sich, wenn er daran gehindert wird, ins Verborgene zurückzieht, um sich dort seiner Leidenschaft um so eifriger hinzugeben.

Je nachdem die Entscheidung des Spiels abhängt von der Geschicklichkeit der Spieler oder ganz oder zum größten Teil vom Zufall, spricht man von Kunst- oder Geschicklichkeitsspiel und von Glücksspiel. Beim Billard- und beim Kegelspiel wird beispielsweise wohl immer die Geschicklichkeit der Parteien das Maßgebende sein, während andrerseits das Würfel- und das Roulettespiel als Glücksspiele anzusehen sind. Das Skatspiel wird man gewöhnlich als Kunstspiel bezeichnen müssen, wenn es auch, ebenso wie andere Kunstspiele, in der Weise betrieben werden kann, daß die Geschicklichkeit der Mitspielenden durch das Walten des Zufalls ersetzt wird. Es ist deshalb im allgemeinen davon auszugehen, daß eine Bestimmung darüber, unter welche von diesen beiden Gattungen ein Spiel fällt, nur für den einzelnen Fall getroffen werden kann.

Ebenso wie das Spiel hat die Wette für den Juristen nur dann Bedeutung, wenn dadurch zwischen den Parteien vermögensrechtliche Beziehungen entstehen sollen. Doch ist bei ihr der

Ausgangspunkt ein anderer als beim Spiel. Denn sie setzt voraus, daß zwischen zwei oder mehreren Personen ein Meinungsstreit entstanden ist. Jede von den Parteien glaubt recht zu haben, ohne daß eine Einigung erzielt werden kann. Darauf bietet der eine, da er von der Richtigkeit seiner Ansicht überzeugt ist, dem anderen eine Wette an, d. h. er erbietet sich für den Fall, daß er unrecht hat, sich einer bestimmten Leistung zu unterwerfen, und veranlaßt dadurch den Gegner, ein Gleiches zu tun. Jeder fühlt sich dadurch, daß der andere seiner Behauptung, von deren Richtigkeit er fest überzeugt ist, widerspricht, in seiner Ehre verletzt. Es ist daher für ihn eine Genugtuung, wenn der andere zugeben muß, daß er sich geirrt habe, und seinen ungerechtfertigten Widerspruch noch überdies durch eine vermögensrechtliche Leistung zu büßen hat. Deshalb ist auch er gern bereit, die Unrichtigkeit seiner Behauptung — was aber seiner Meinung nach vollständig ausgeschlossen ist —, gleichsam als Bestrafung für seinen Leichtsinn, mit einem Vermögensverlust zu bezahlen.

An sich genügt für die Wettsumme ein geringer Betrag, denn es ist daran festzuhalten, daß es den Wettenden in erster Linie um die Wahrheitsbewährung ihrer Behauptung zu tun und der ihnen hierbei zufallende Gewinn nur Nebensache ist. Wie aber das Spiel durch das Hinzutreten der gewinnsüchtigen Absicht ausartet, so verliert auch die Wette durch dasselbe Moment ihren ursprünglichen Charakter. Sobald es den Parteien in erster Linie auf die Erlangung der Wettsumme ankommt, wird die ideale Seite, die Wahrheitsbewährung der Behauptung, nur zum Schein der Ausgangspunkt der Wette. An Stelle der Überzeugung von der Richtigkeit der Behauptung tritt die Hoffnung des Wettenden, er werde recht haben und die Wettsumme gewinnen. Er ist sich, was ursprünglich nicht der Fall war, bewußt, daß er durch den Abschluß des Wettvertrags ein Risiko eingeht und die Wettsumme gewissermaßen „aufs Spiel“ setzt.

Je mehr Spiel und Wette ihren ursprünglichen Charakter erhalten haben, um so weniger wird die Rechtswissenschaft Veranlassung haben, sich mit ihnen zu beschäftigen. Erst wenn die gewinnsüchtige Absicht die Oberhand gewinnt, macht sich eine gesetzliche Regelung notwendig. Es sind daher für die juristische Betrachtung weniger der ursprüngliche Charakter und die Motive, die die Parteien zur Eingehung dieser Verträge veranlassen, als vielmehr ihre vermögensrechtlichen Wirkungen als Ausgangspunkt in Betracht zu ziehen.

I. Teil.

Wesen und rechtliche Natur von Spiel und Wette.

§ 2.

Spiel und Wette als Rechtsgeschäfte.

Spiel und Wette gehören zu den aleatorischen Verträgen, deren Merkmal darin zu erblicken ist, daß die Entscheidung über Gewinn oder Verlust der Parteien von einer zur Zeit des Vertragsabschlusses unter den Parteien noch nicht feststehenden Tatsache oder einem ungewissen Ereignis abhängig ist. Mehrere der hierher gehörigen Verträge, so das namentlich im römischen Recht vielgenannte Seedarlehn oder der Hoffnungskauf, tragen zwar auch aleatorische Momente in sich, haben aber dadurch die Zugehörigkeit zu einer andern Vertragsgattung noch nicht verloren. Bei Spiel und Wette hingegen ist dieses Merkmal derart zum wesentlichen Bestandteil des Vertragsinhalts geworden, daß sie ohne dieses nicht gedacht werden können, und daß dadurch ihre selbständige Stellung im Rechtssystem gerechtfertigt wird.

Eine feststehende Begriffsbestimmung von Spiel und Wette besteht nicht. Die Rechtsquellen vermeiden es, eine Definition zu geben, und überlassen diese Aufgabe der Wissenschaft. Was diese Verträge für die juristische Betrachtung interessant macht, ist, daß dadurch unter den Parteien eine Vermögensveränderung herbeigeführt wird, und zwar derart, daß während der einen Partei ein Gewinn zufällt, die andere einen Verlust erleidet. Dieser Vorgang ist der regelmäßige, ist aber durchaus nicht für Spiel und Wette begriffsnotwendig. Es kann z. B. vereinbart werden, daß in eine gemeinsame Kasse gespielt und diese für einen besonderen Zweck verwendet wird. Man kann einen Wettvertrag dahin abschließen, daß die Wettsumme gemeinsam oder noch zusammen mit andern Personen verjubelt oder sonstwie verbraucht wird. In allen diesen Fällen steht dem Verluste der einen Partei kein oder nicht der entsprechende Gewinn auf der andern Seite gegenüber. Ob auch ein Wettvertrag in der

Weise eingegangen werden kann, daß nur die eine Partei eine Wettsumme setzt und die andere überhaupt keine Gefahr läuft, wird später noch genauer untersucht werden. Jedenfalls geht aus dem bisher Gesagten hervor, daß es ungenau ist, wenn man bei der Bestimmung des Spiel- und des Wettbegriffs von Gewinn und Verlust redet. Das Wesentliche ist jedenfalls, daß auf der einen Seite eine Vermögensverminderung herbeigeführt werden soll, und daß derjenige, welcher der verlierende Teil sein wird, den Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses noch unbekannt ist.

Diese Vermögensänderung hängt von einer bestimmten Tatsache ab. Beim Kartenspiel ist es gewöhnlich der Umstand, daß der eine Spieler mehr Augen oder Trümpfe als der andere hat, beim Roulette, ob der Zeiger auf Schwarz oder Rot zu stehen kommt, oder es ist die Tatsache maßgebend, daß sich eine aufgestellte Behauptung als richtig erweist oder nicht. Dadurch wird jedoch der Spiel- oder Wettvertrag keineswegs zum bedingten Vertrag.[1]) Denn es ist nicht ungewiß, ob überhaupt ein Rechtsgeschäft zustande kommt, sondern es handelt sich darum, zu wessen Gunsten oder Ungunsten der Vertrag entschieden wird. Die Bedingung ist also im Wesen des Vertrags enthalten. Außerdem liegt das die Entscheidung herbeiführende Ereignis bei der echten Bedingung stets in der Zukunft, während es hier auch der Gegenwart oder Vergangenheit angehören kann. Es ist nur erforderlich, daß das Ereignis unter den Parteien ungewiß ist. Objektiv kann eine Tatsache längst entschieden und sicher sein. Die Tatsache, an welchem Flusse oder in welcher Provinz eine Stadt liegt, steht fest. Die Parteien können aber darüber verschiedener Meinung sein und diese Meinungsverschiedenheit zum Gegenstand einer Wette machen. Das Wagnis, das die Parteien dabei eingehen, liegt darin, daß die Möglichkeit eines Gewinnes dadurch erkauft wird, daß man unter Umständen ohne jedes Entgelt leisten muß.

Indessen würden diese Merkmale allein nicht hinreichend sein, um Spiel und Wette von anderen Verträgen, die gleichfalls das Merkmal des Wagnisses an sich tragen, genügend zu unterscheiden. So ist namentlich bei den Versicherungsverträgen die Auszahlung der Prämie ebenfalls von einem unter den Parteien ungewissen Ereignis abhängig. Sie unterscheiden sich aber von Spiel und Wette dadurch, daß ihnen ein ernster wirtschaftlicher Zweck zugrunde liegt, der von der Rechtsordnung anerkannt und gewürdigt werden muß.[2]) Gerade derartige Versicherungs-

[1]) vgl. Endemann a. a. O. S. 1171 Anm. 2.

[2]) So Planck a. a. O. S. 806; Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. S. 140f. And. M. Cosack a. a. O. S. 578; Mengel a. a. O. S. 9.

verträge haben im scharfen Gegensatz zum gewöhnlichen Spiel einen hohen volkswirtschaftlichen Wert. Ob einem aleatorischen Vertrag ein wirtschaftliches und daher rechtsschutzbedürftiges Moment zugrunde liegt, kann nur für den einzelnen Fall bestimmt werden. Vielfach wird es, namentlich bei Börsengeschäften, nicht sicher sein, ob die Parteien damit tatsächlich einen ernsten Zweck verfolgen, oder ob der Vertrag nur zur Verschleierung eines Spiels oder einer Wette dienen soll. In derartigen Fällen kann natürlich ein an sich unverbindliches Rechtsgeschäft nicht als klagbarer Vertrag behandelt werden. Dem Richter erwächst vielmehr die oft recht schwierige Aufgabe, zu prüfen, ob dem Vertrage ein ernster wirtschaftlicher Zweck zugrunde liegt, oder ob er es nur mit einem reinen Spielvertrag zu tun hat.[1]) Es entscheidet auch hier nicht der äußere Wortlaut, sondern der Zweck und der Inhalt des Rechtsgeschäfts.

§ 3.

Der Unterschied von Spiel und Wette.

Von alters her ist es eine berühmte Streitfrage, ob sich Spiel und Wette begrifflich von einander unterscheiden und welches dieser Unterschied ist. Begründet war diese Streitfrage dadurch, daß im römischen und gemeinen Recht Spiel und Wette verschieden behandelt wurden. Während die Wette allgemein als erlaubter und klagbarer Vertrag anerkannt wurde, war das Spiel nur vereinzelt und auch dann nur bis zu einer bestimmten Höhe gestattet. Die Meinungen über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette gehen um so weiter auseinander, als in den Quellen nirgends eine Definition zu finden ist und dadurch der Aufstellung von Theorien ein weiter Spielraum gelassen wird. Um über diesen Streit, der die ganze gemeinrechtliche Literatur beherrschte, einen Überblick zu gewinnen, müssen wenigstens die wichtigsten der hier in Frage kommenden Theorien kurz betrachtet werden.

Die meisten Schriftsteller nehmen einen Unterschied von Spiel und Wette an, und erst in neuerer Zeit sprechen sich manche für die Identität dieser beiden Verträge aus. Worin aber das unterscheidende Merkmal bestehen soll, darüber gehen die Meinungen weit auseinander. Die einen finden den Unterschied

[1]) vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 61 S. 153 und die Gegenausführungen von Goltz in DJZ. 1909 S. 262f.

in äußerlich sichtbaren Merkmalen, andere wieder in inneren seelischen Vorgängen.

Viel Beachtung und Anklang fand die Theorie Thöls,[1]) der das Kriterium darin zu finden glaubt, daß beim Spiel das entscheidende Ereignis immer durch die Tätigkeit der Parteien herbeigeführt wird. Wirken die Parteien durch eigene Tätigkeit auf die Entscheidung ein, so liegt ein Spiel, andernfalls eine Wette vor. Thöl erläutert seine Theorie an einigen Beispielen und führt aus: „Der Vertrag, den Canning mit einem Herzoge schloß, daß derjenige von dem andern 100 Pfund erhalten solle, welchem auf einem bestimmten Wege die meisten Katzen begegnen würden, ist eine Wette. Der Vertrag, den zwei Engländer schlossen, daß der eine oder andere eine bestimmte Summe an den Gegner verlieren solle, je nachdem von zwei auf das eine Ende eines Tisches gesetzten Schnecken die eine oder andere zuerst das entgegengesetzte Ende erreichen werde, ist ein Spiel. Hätten die Kontrahenten die Schnecken so vorgefunden, daß sie, die Kontrahenten, auch nicht im geringsten auf die Entscheidung des Vertrags eingewirkt hätten, so wäre es eine Wette gewesen". Ferner: „Wer die gerade oder ungerade Zahl seiner Rockknöpfe über Gewinn oder Verlust entscheiden läßt, der wettet; wer die Zahl der zu diesem Zwecke in die Hand genommenen Münzen entscheiden läßt, der spielt".

Namentlich das letzte Beispiel beweist deutlich, wie willkürlich und unhaltbar die Thölsche Theorie ist. Andrerseits aber wird durch diese Beispiele gezeigt, wie nahe sich zuweilen beide Verträge berühren, und wie schwer es infolgedessen fällt, ein durchschlagendes Kriterium zu finden. Der Thölschen Theorie schlossen sich indes manche namhafte Juristen an, und namentlich darin stimmen ihm viele zu, daß zum Spiele stets, sei es auch nur mittelbar, eine Tätigkeit erforderlich sei.[2])

Thöl leitet seine Ansicht davon ab, daß im römischen Recht die von Justinian erlaubten und im corpus iuris aufgezählten Spiele allerdings eine Tätigkeit erforderten; allein daraus einen Schluß auf das Spiel und die Wette im allgemeinen zu ziehen, erscheint in keiner Weise gerechtfertigt, abgesehen davon, daß dann erst bewiesen werden müßte, daß bei der Wette eine Tätigkeit der Parteien immer ausgeschlossen ist.

---

[1]) Thöl a. a. O. S. 263ff.

[2]) vgl. Holzschuher a. a. O. S. 889; Walter a. a. O. S. 415; Sintenis a. a. O. S. 291; Krügelstein a. a. O. S. 19; Wächter a. a. O. S. 487; Goldschmidt a. a. O. S. 293f.; Schuster a. a. O. S. 215f.; Majert a. a. O. S. 18; vgl. auch Planck a. a. O. S. 807.

Die Schwäche der Thölschen Theorie wurde auch sehr bald erkannt und in der Literatur vielfach widerlegt.[3])

In gleicher Weise unzutreffend ist es, wenn man, wie es anderweit geschieht, für die Unterscheidung von Spiel und Wette dem Zufall eine entscheidende Bedeutung beizumessen sucht.[4]) Wollte man annehmen, beim Spiel entscheide hauptsächlich der Zufall, bei der Wette aber das sichere Wissen und der Scharfsinn der Parteien, so genügt ein Hinweis auf die ausschließlichen Geschicklichkeitsspiele, wie z. B. das Schachspiel, um die Unhaltbarkeit dieser Theorie zu erkennen.

Wenn von anderer Seite[5]) behauptet wird, dem Spiel sei im Gegensatz zur Wette eigentümlich, daß es sich nach bestimmten festen Regeln vollziehe, so ergibt sich bei näherer Betrachtung, daß es zu einem Spiel bestimmter Regeln überhaupt nicht bedarf, da die Parteien imstande sind, nach Belieben jedes ungewisse Ereignis als Entscheidung über den Ausgang des Spiels zu verwenden, andrerseits aber, daß auch bei der Wette bestimmte Regeln getroffen werden können, somit also auch dieses Kriterium völlig versagt.

Einige Schriftsteller[6]) glauben das unterscheidende Merkmal darin gefunden zu haben, daß bei der Wette stets ein Meinungsstreit unter den Parteien vorausgehen müsse, übersehen aber dabei, daß sich ebenso auch das Spiel an einen Meinungskampf anschließen kann, vor allem aber, daß es dadurch in die Willkür der Parteien gegeben wäre, einen Vertrag als Wette oder als Spiel anzusehen, je nachdem sie vorher sich widersprechende Behauptungen aufgestellt haben oder nicht. Ein derartiges rein äußerliches, von der Parteiwillkür bestimmtes Moment vermag den Inhalt eines Rechtsgeschäfts nicht zu ändern und kann niemals als ein juristisch brauchbares Unterscheidungsmerkmal in Betracht gezogen werden.

Weiterhin wird von manchen angenommen, daß das Ereignis oder die Tatsache, welche für die Entscheidung von Gewinn und Verlust maßgebend ist, beim Spiel stets der Zukunft, bei der Wette aber auch der Vergangenheit oder Gegenwart an-

---

[3]) vgl. besonders Vangerow a. a. O. Bd. 3 S. 523; Stobbe-Lehmann a. a. O. Bd. 3 S. 420; Schuster a. a. O. S. 216.

[4]) Seuffert a. a. O. S. 434.

[5]) Sintenis a. a. O. Bd. 2 S. 291; Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. 2 S. 260 Anm. q; vgl. auch Walter a. a. O. S. 415; Gengler a. a. O. S. 445.

[6]) So Glück a. a. O. Bd. 11 S. 331; vgl. ferner Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 1174; Krügelstein a. a. O. S. 28 u. 62; Schuster a. a. O. S. 33; Bluntschli a. a. O. Bd. 2 S. 139; Keller a. a. O. Bd. 1 S. 505; dagegen besonders Bruck a. a. O. S. 65.

gehören kann.[7]) Wenn man davon absieht, daß hierbei diejenigen Fälle nicht von einander abgegrenzt werden, bei denen das in Frage stehende Ereignis der Zukunft angehört, so kann es doch auch beim Spiel vorkommen, daß bereits bei Vertragsabschluß die Entscheidung objektiv feststeht und nur die Parteien hierüber noch in Ungewißheit sind. Dies ist namentlich, worauf Stenglein[8]) ausdrücklich hinweist, bei dem sogen. Häufeln und Kümmelblättchenspiel der Fall.

Alle die bisher erwähnten Theorien, von denen auch nicht eine ein annehmbares Ergebnis zu bieten vermag, wollen das entscheidende Moment in äußerlich wahrnehmbaren Tatsachen finden.

Man sah dies auch ein und versuchte nunmehr, den Schwerpunkt auf die für den Abschluß dieser Verträge maßgebenden inneren Momente zu legen. Man fand so das Kriterium in den Motiven. Zuerst wurde diese Ansicht, die noch heute als die herrschende zu bezeichnen ist, von Wilda und v. d. Pfordten vertreten.[9]) Ihnen folgten die meisten der neueren Juristen und namentlich auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts.[10]) Nur derjenige wettet, welcher von der Richtigkeit seiner Behauptung fest überzeugt ist. Er erbietet sich, durch den Widerspruch des anderen gereizt, im Falle der Unrichtigkeit seiner Behauptung sich einer Strafe zu unterwerfen. Das einzige Motiv der Wette ist also Rechthaberei bei einem Streite. Der Gewinn hat nur nebensächliche Bedeutung. Er ist nur gedacht als ein Siegeszeichen für den Gewinner und zugleich als Strafe für den Unterlegenen für dessen ungerechtfertigten Widerspruch. Ganz anders beim Spiel. Allerdings können hier mehrere Beweggründe miteinander konkurrieren. Die einen halten die Gewinnsucht, andere das Verlangen nach Unterhaltung und Erholung, wieder andere die Lust am Wagnis für das Hauptmotiv des Spiels,[11]) während man

---

[7]) v. Holzschuher a. a. O. Bd. 3 S. 889; v. d. Pfordten a. a. O. S. 330; Sintenis a. a. O. Bd. 2 S. 291; vgl. ferner Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 141 Anm. 6; Planck a. a. O. S. 807; Staudinger a. a. O. S. 1218; Kohler, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 309; Reuber a. a. O. S. 7.

[8]) Stenglein a. a. O. S. 135; Mengel a. a. O. S. 18; Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 6 S. 421.

[9]) Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 211; v. d. Pfordten a. a. O. S. 320ff.

[10]) Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 6 S. 172ff.; ferner Beseler a. a. O. S. 534; Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 858; v. Vangerow a. a. O. Bd. 3 S. 592; Schuster a. a. O. S. 215; Stobbe-Lehmann a. a. O. Bd. 3 S. 422; Dernburg, Preuß. PrivR. a. a. O. Bd. 2 S. 434; Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 141; Planck a. a. O. S. 807; Hirschfeld a. a. O. S. 1; Majert a. a. O. S. 16; Oertmann a. a. O. S. 823.

[11]) vgl. Bluntschli a. a. O. Bd. 2 S. 134; Beseler a. a. O. S. 534; Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 578; Schuster a. a. O. S. 215; Windscheid

darin übereinstimmt, daß im Gegensatz hierzu der Wettende einzig und allein von dem Wunsche, recht zu haben, beherrscht wird.

Dabei ist jedoch davon auszugehen, daß eine Wette nur dann anzunehmen ist, wenn es den Parteien tatsächlich auf die Wahrheitsbewährung ihrer Behauptungen ankommt. Das Reichsgericht sieht deshalb auch die sogen. Rennwetten nicht als Wetten, sondern als Spiele an, da hier die Erzielung eines Gewinns Zweck und Gegenstand des Vertrags sei. Demzufolge wurde auch der Betrieb am Totalisator als gewerbsmäßiges Glücksspiel aufgefaßt und unter Strafe gestellt,[12]) bis neuerdings durch Reichsgesetz v. 4. 7. 1905 derartige Rennwetten im Interesse der heimischen Pferdezucht unter gewissen Einschränkungen erlaubt wurden. Für den Fall, daß der eine Teil seine Behauptung als Pferdekenner auf gewichtige Gründe stützt, der andere aber ohne jede Sachkenntnis dagegensetzt, ist nach der herrschenden Meinung dieser Vertrag als Spiel und nicht als Wette anzusehen. Die Ansicht Hirschfelds, in diesem Falle zwei Verträge, eine Wette und ein Spiel, anzunehmen, ist als verfehlt zu betrachten, da eine solche Kombination auf reiner Willkür beruht.[13])

Nun ist zwar zuzugeben, daß die Motivtheorie auf der Beobachtung des täglichen Lebens beruht, und daß sie vor den übrigen bisher erwähnten Theorien manchen Vorzug hat. Aber gerade das eben angeführte Beispiel der sogen. Rennwetten zeigt uns die große Schwäche dieser Theorie. Wie will man denn feststellen, welcher Beweggrund für die Schließung des Vertrags bei der einen oder anderen Partei maßgebend war? Bei der „Wette" wird die Sache vielfach so liegen, daß die eine Partei, besonders dann, wenn sie von der Richtigkeit ihrer Behauptung unzweifelhaft überzeugt ist, die günstige Gelegenheit ergreift, um möglichst hoch zu wetten und sich so auf Kosten der anderen Partei zu bereichern. Der Wunsch, recht zu haben, ist dann nur der Deckmantel für die wahre Absicht der Partei, für die Gewinnsucht. Wo bleibt dann eine scharfe Abgrenzung vom Spielvertrag? Man wird sich überhaupt vergeblich bemühen, aus der Parteiabsicht ein juristisch brauchbares Merkmal herzuleiten.[14]) Denn die Beweggründe, welche eine Partei zur Eingehung ein und desselben Rechtsgeschäfts veranlassen, sind

---

a. a. O. Bd. 2 S. 858; v. Vangerow a. a. O. Bd. 3 S. 522; Dernburg, Pand. a. a. O. Bd. 2 S. 285; Crome a. a. O. Bd. 2 S. 831; Reuber S. 7.

[12]) Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 7 S. 22; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 40 S. 259.

[13]) Hirschfeld a. a. O. S. 11 ff.

[14]) vgl. Stenglein a. a. O. S. 133.

so mannigfaltig, und es handelt sich dabei um derart für den Außenstehenden überhaupt nicht zu beurteilende Seelenvorgänge, daß darin eine scharfe Abgrenzung nie und nimmer gefunden werden kann. Ja es ist sogar geradezu eine Unmöglichkeit, einen gegenseitigen Vertrag nach den Motiven zu beurteilen, da diese auf beiden Seiten verschieden sein können. „Die Entscheidung würde", wie Mengel[15]) sehr richtig bemerkt, „auf Gutdünken oder Willkür, nicht auf Rechtssätze sich gründen." In zweifelhaften Fällen wird auch diese Theorie versagen.

Man hat nun neuerdings darauf hingewiesen, daß als brauchbares Merkmal zur Unterscheidung zweier Verträge nur der Vertragsinhalt, die causa, maßgebend sein könne. Davon ausgehend, kommt Reuber[16]) zu dem Schluß, daß die Zwecke von Spiel und Wette gerade entgegengesetzte seien. „Spiel bezweckt Streit um bedingt versprochenen Geldeswert, Wette gütliche Beilegung und Beförderung der Entscheidung eines Meinungsstreites unter Benutzung bedingter Geldversprechen als Hilfsmittel." Diese Ansicht, der sich auch Reymann[17]) anschließt, verkennt jedoch die causa des Spiel- und Wettvertrags vollständig. Die Beilegung des Meinungsstreites gehört überhaupt nicht dem Gebiete des Rechts an. Ein Rechtsgeschäft entsteht vielmehr erst, wenn die Parteien von der Entscheidung des Meinungskampfes vermögensrechtliche Wirkungen abhängig machen. Der Meinungsstreit selbst ist nur die Veranlassung zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts, die Beendigung des Streites aber nur der mit diesem Rechtsgeschäft verbundene nächste tatsächliche Erfolg. Und selbst wenn man diese Theorie anerkennen wollte, so böte sie doch auch nur ein ebenso unbrauchbares Kriterium wie alle vorhergehenden Theorien. Wie wollte man namentlich bei den Rennwetten unterscheiden, ob es sich um einen „Streit um Geldeswert" oder um „gütliche Beilegung eines Meinungsstreites" handelt, da doch beide Kontrahenten verschiedener Ansicht sein können. Und im Grunde genommen legt diese Theorie den Schwerpunkt auch nur auf das Merkmal des Meinungskampfes, und dieses ist, wie schon gezeigt, zu schwankend, um als Grundlage einer rechtlichen Unterscheidung dienen zu können.

Richtig ist jedoch, daß der Unterschied nicht in den Motiven, sondern in der causa des Rechtsgeschäfts zu suchen ist. Es handelt sich deshalb darum, festzustellen, welchem Ziele Spiel-

---

[15]) Mengel a. a. O. S. 22.
[16]) Reuber a. a. O. S. 41.
[17]) Reymann a. a. O. S. 35.

und Wettvertrag zustreben, welchen Rechtserfolg sie herbeiführen wollen. Ohne weiteres ist nun zu erkennen, daß in beiden Fällen der Wunsch der Parteien dahin geht, die andere Partei zu besiegen, also zu gewinnen. Darin ist aber, mag dies auch nach außen hin noch so wenig hervortreten, mit Notwendigkeit der Wunsch inbegriffen, den in einem Vermögenswert bestehenden Siegespreis davonzutragen. Der von den Parteien erstrebte Rechtserfolg ist also der, daß die durch die Entscheidung bedingte Vermögensänderung zu ihren Gunsten eintritt. Dies ist beim Spiel geradeso wie bei der Wette, und es folgt daraus, daß beide Verträge dem gleichen Ziele zustreben. Eine rechtliche Gleichstellung von Spiel und Wette ist deshalb nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar erforderlich.

Auch für den Begriff des Glücksspiels, das für das bürgerliche Recht wegen der Rückforderung des im verbotenen Spiel Erlangten von Wichtigkeit ist, kommt es lediglich darauf an, ob Gewinn oder Verlust ganz oder doch im wesentlichen vom Zufall abhängen. Ein etwa vorangegangener Meinungsstreit würde nur zur Verschleierung der Spielabsicht dienen. Es liegt also auch im Strafrecht kein Grund vor, zwischen Spiel und Wette einen Unterschied zu machen. Wenn der Zufall ganz oder überwiegend entscheidet, kommen die Bestimmungen über das Glücksspiel zur Anwendung, mögen auch die Parteien behaupten, nur gewettet zu haben.

Daß Spiel und Wette gleichzustellen seien, nahm früher schon Puchta[18]) an, der Spiele als „Komplexe zusammenhängender Wetten“ bezeichnet. Neuerdings vertreten diese Ansicht namentlich Bruck[19]) und Laband,[20]) welche das Spiel nur als eine Wette über den Ausgang des Spieles ansehen. Mengel[21]) nimmt demgegenüber an, daß die Wette eine Unterart des Spieles sei. Ebenso halten an der Identität von Spiel und Wette Stenglein,[22]) Wening-Ingenheim,[23]) Gompertz[24]) und im Ergebnis auch Endemann[25]) fest.

Somit sind Spiel und Wette zu definieren als Verträge, bei denen die Parteien, ohne damit einen ernsten wirtschaftlichen Zweck zu verfolgen, von einer zwischen ihnen ungewissen Tatsache eine Vermögensänderung abhängig machen.

---

[18]) Puchta a. a. O. S. 395.
[19]) Bruck a. a. O. S. 70ff.
[20]) Laband a. a. O. S. 639f.
[21]) Mengel a. a. O. S. 23f.
[22]) Stenglein a. a. O. S. 138.
[23]) Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. 2 S. 261 Anm. q.
[24]) Gompertz a. a. O. S. 7.
[25]) Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 1174.

Das Bestreben, zwischen beiden Verträgen einen Unterschied zu machen, rührt daher, daß bei beiden die Motive derart stark in den Vordergrund treten, daß es den Parteien vielfach auf den zu erstrebenden Rechtserfolg zunächst gar nicht ankommt. Für den Juristen aber ist vor allem von Interesse, zu erforschen, welcher rechtliche Zweck bei einem Rechtsgeschäft erreicht werden soll; und dieser ist bei Spiel und Wette der gleiche. Es ist vollständig gleichgültig, ob der etwa vorhergehende Meinungskampf ernstlich ist, oder ob er nur provoziert wird, ob also „bloß gestritten wird, um zu wetten". Der Meinungsstreit steht vielmehr außerhalb des eigentlichen Rechtsgeschäfts. Wenn das Gesetz trotzdem auch heute noch von Spiel und Wette spricht, so will es damit nur der allgemeinen Volksanschauung und dem Sprachgebrauch Rechnung tragen.

§ 4.

Die einseitige Wette.

Von einer einseitigen Wette spricht man dann, wenn nur eine Partei für den Fall der Unrichtigkeit ihrer Behauptung eine Leistung verspricht und die andere Partei dieses Versprechen annimmt. Einig ist man sich darüber, daß die Wettsumme auf beiden Seiten nicht gleich hoch zu sein braucht. Die Frage aber, ob man auch dann, wenn die eine Partei gar nichts verspricht und demnach überhaupt kein Risiko eingeht, noch von einer Wette sprechen kann, war im gemeinen Recht und ist noch jetzt bestritten. Die meisten verneinen diese Frage und sehen vielfach ein solches von einer Partei gegebenes Versprechen als eine Schenkung oder als eine Konventionalstrafe an.[1]) Das eine ist so unrichtig wie das andere. Denn wer für den Fall der Unrichtigkeit seiner Behauptung etwas verspricht, hofft eben gerade nicht leisten zu müssen, da er an die Richtigkeit seiner Behauptung glaubt, hat also genau das Gegenteil von einem animus donandi. Andrerseits ist eine Konventionalstrafe stets akzessorisch und setzt sonach immer eine Hauptverbindlichkeit voraus.

Auch für das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Frage nach der Möglichkeit einer einseitigen Wette nicht nur wissenschaftliche, sondern auch praktische Bedeutung. Denn es handelt sich darum, ob man bei einem einseitigen Leistungsversprechen

---

[1]) Krügelstein a. a. O. S. 24.

von einer Wette reden kann, oder ob ein klagbares Schuldverhältnis entstanden ist.

Zuzugeben ist, daß ein Versprechen, dessen Erfüllung von einem noch ungewissen Umstand abhängig gemacht wird, als ein Leistungsversprechen unter einer eigentlichen oder uneigentlichen Bedingung klagbar sein kann. Ohne weiteres aber einem solchen Versprechen den Wettcharakter abzusprechen, erscheint m. E. zu weit gegangen. Wenn das Gesetz aus dem Wettvertrage keine Verbindlichkeiten entstehen läßt, so kann es keinen Unterschied machen, ob im Anschluß an einen Meinungskampf beide Kontrahenten für den Fall, daß sie unrecht haben, etwas versprechen, oder ob nur der eine etwas verspricht. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb derjenige, welcher bei einem Wettangebot der andern Partei seinerseits nichts verspricht, besser gestellt sein soll als der, welcher seine Meinung ebenfalls durch eine Wettsumme bekräftigt. Der Richter hat deshalb zu prüfen, ob in einem derartigen Versprechen nur eine Wette verschleiert werden soll. In diesem Falle ist die Klagbarkeit stets zu verneinen. Die Eigentümlichkeit der Spiel- und Wettverträge, die sie vor andern Rechtsgeschäften auszeichnen, besteht, wie schon gezeigt, darin, daß ihnen jeglicher ernster wirtschaftlicher Zweck mangelt. Dies ist aber nicht nur bei gegenseitigen, sondern ebenso auch bei einseitigen Versprechen möglich, und es darf deshalb auch in der rechtlichen Behandlung kein Unterschied gemacht werden.

Eine einseitige Wette ist sonach anzuerkennen.[2])

§ 5.

Das Verhältnis der Wette zur Auslobung.

Einer näheren Betrachtung bedarf noch die Frage nach dem Unterschied der Wette von der Auslobung. Diese Frage wurde besonders in den letzten Jahren praktisch und erweckte das Interesse weiter Kreise durch den aufsehenerregenden Prozeß,

---

[2]) So Planck a. a. O. S. 807; Staudinger a. a. O. S. 1218; Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 141 Anm. 7; Stobbe-Lehmann a. a. O. Bd. 3 S. 428; Schuster a. a. O. S. 216; Jhering a. a. O. S. 100; Hirschfeld a. a. O. S. 7ff.; Hamm a. a. O. S. 394; Köttgen a. a. O. S. 381; Monke a. a. O. S. 41f.; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 61 S. 151. And. M. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 862; v. Vangerow a. a. O. Bd. 3 S. 522; Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 211; Krügelstein a. a. O. S. 24; Bruck a. a. O. S. 62; Elster a. a. O. S. 53; Reuber a. a. O. S. 12; Mangel a. a. O. S. 26ff.; Reymann a. a. O. S. 11.

den Graf Hoensbroech gegen den Kaplan Dasbach von Trier führte. Die Sache verhielt sich folgendermaßen: Dasbach hatte durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung von 2000 fl. für die Erbringung des Nachweises ausgesetzt, daß in den Jesuitenschriften der Satz enthalten sei: „Der Zweck heiligt die Mittel“. Graf Hoensbroech, der glaubte, diesen Nachweis erbracht zu haben, wurde gegen Dasbach klagbar. Seine Klage wurde aber durch das Urteil des Landgerichts Trier vom 4. 6. 1904 abgewiesen mit der Begründung, daß in dem Aussetzen der Belohnung von seiten Dasbachs keine Auslobung zu erblicken sei, da der Beklagte kein Interesse an dem Nachweis habe, vielmehr als notorischer Verteidiger der Jesuiten ihm viel daran liege, daß dieser Nachweis nicht erbracht werde. Das Versprechen sei deshalb als einseitige Wette anzusehen und demzufolge unklagbar.

Das Oberlandesgericht Köln als Berufungsinstanz erkannte durch Urteil v. 30. 3. 1905 an, daß im vorliegenden Falle keine Wette, sondern eine klagbare Auslobung anzunehmen sei, wies aber den Kläger aus tatsächlichen Gründen ab, weil er den Nachweis so, wie ihn der Beklagte verlangt, nicht erbracht habe.

Dieses Urteil bot bezüglich der rechtlichen Behandlung der Frage vielfach Anlaß zur Kritik. Die hier in Betracht kommende gesetzliche Bestimmung des BGB. in § 657 lautet:

> „Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolgs aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat“.

Nun ist zwar richtig, daß meistenteils dem Auslobenden die Vornahme der Handlung oder die Herbeiführung des Erfolgs erwünscht ist. Denn dies ist gerade der Grund, weshalb er eine Belohnung aussetzt. Es sind aber auch solche Fälle nicht ausgeschlossen, bei denen der Auslobende an der Nichtvollbringung einer Handlung, wie etwa an dem Nachweis eines Fehlers, ein Interesse hat.[1]) Allerdings kann es dann zweifelhaft sein, ob überhaupt eine Auslobung oder nur eine verschleierte Wette vorliegt. Möglicherweise ist nur die Form der Auslobung gewählt, um eine Wette klagbar zu machen, was nach den Um-

---

[1]) So die Motive S. 520. And. M. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. a. a. O. S. 6. Vgl. Staudinger a. a. O. S. 1218; Planck a. a. O. S. 643; Windscheid a. a. O. S. 260 Anm. 9; Hamm a. a. O. S. 394.

ständen des einzelnen Falles zu beurteilen ist. Hätte sich Dasbach dem Grafen Hoensbroech gegenüber persönlich erboten, so läge unzweifelhaft eine Wette vor, sofern man nicht überhaupt den Begriff der einseitigen Wette leugnet. Dadurch aber, daß er die Belohnung öffentlich aussetzte, konnte er gar nicht wissen, ob jemand und wer den Versuch machen würde, den geforderten Beweis zu erbringen. Es konnte demnach gar kein Meinungsstreit vorausgehen. Denn hierzu bedarf es einer bestimmten Person, mit der man sich streitet.

Die entgegengesetzte Ansicht vertrat für das gemeine Recht namentlich Jhering.[2]) Er behandelte derartige Auslobungen, bei denen der Auslobende ein Interesse an dem Nichtvollbringen der vorzunehmenden Handlung hat, als Wette und bezeichnete diese als Popularwette, indem er es für unwesentlich erklärte, daß hier das Wettangebot an eine incerta persona gerichtet ist. Die Aufforderung zur Vornahme einer Handlung bedeutet nach ihm eine Offerte an die Allgemeinheit, und der Wettvertrag kommt zustande durch Vornahme der Handlung von seiten irgendeiner Person, wie ja auch das gemeine Recht die Auslobung als Vertrag auffaßte.

Diese ganze Konstruktion ist nach heutigem Recht unhaltbar. Das Bürgerliche Gesetzbuch folgt der sogen. Pollizitationstheorie und behandelt demzufolge die Auslobung als einseitiges verpflichtendes Rechtsgeschäft.[3]) Der Umstand aber, daß das Bürgerliche Gesetzbuch keine Definition der Wette enthält, gibt uns noch nicht das Recht, die Vertragsnatur der Wette zu leugnen und einfach ein einseitiges Angebot beliebig als Wette anzusehen. Dies ist schon um deswillen unmöglich, weil sich der vorliegende Tatbestand mit dem Wortlaut des § 657 BGB. völlig deckt und demnach in dem Versprechen Dasbachs der äußeren Form nach zweifellos eine Auslobung gegeben ist.

Es könnte sich nur noch darum handeln, ob die Vorschrift des § 762 BGB. über Spiel und Wette dann entsprechend anzuwenden ist, wenn die Auslobung ihrem Inhalt nach als Wettangebot erscheint, da es für die Beurteilung eines Rechtsgeschäfts nicht auf die Form, sondern auf den Inhalt desselben ankommt.[4]) Die Frage kann zweifelhaft sein und wird bejaht, indem man darauf hinweist, daß durch eine derartige Auslobung ebensowenig ein wirtschaftlicher Erfolg erzielt wird als durch Spiel und

---

[2]) Jhering a. a. O. S. 100. Vgl. auch Elster a. a. O. S. 47.
[3]) And. M. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. a. a. O. S. 4.
[4]) Elster a. a. O. S. 53; Köttgen a. a. O. S. 381.

Wette selbst, und sie sich demnach in ihrem Wesen von diesen Verträgen nicht unterscheidet. Wenn aber diese unklagbar sind, so muß man die Vorschrift des § 762 im vorliegenden Falle entsprechend anwenden, da lediglich der einem derartigen Rechtsgeschäft innewohnende Spielcharakter ausschlaggebend ist.[5])

Demgegenüber ist zu bemerken, daß sich die Vorschriften über Spiel und Wette nur auf vertragsmäßige Vereinbarungen anwenden lassen, nicht aber auf einseitig verpflichtende Willenserklärungen. Denn bei einer Willenserklärung in Form der Auslobung ist für die rechtliche Beurteilung der Gesichtspunkt maßgebend, daß diese sich an die Allgemeinheit wendet. Welche Zwecke der Auslobende damit verfolgt, ist gleich und läßt sich vielfach gar nicht erkennen. Wer sich in dieser Weise an die Öffentlichkeit wendet, muß dafür einstehen und kann sich nachträglich nicht darauf berufen, daß die Vornahme der Handlung seinem Interesse gar nicht entspricht. Das verlangt die Verkehrssicherheit und ist deutlich aus dem Inhalt der gesetzlichen Vorschrift des § 657 BGB. zu entnehmen.[6]) Die einzige Voraussetzung der Auslobung ist nur, daß sie ernst gemeint ist. Sonst würde sie gegen § 118 BGB. verstoßen und vorbehaltlich eines eventuellen Ersatzanspruchs nach § 122 BGB. nichtig sein. Ob dies der Fall ist, ergibt sich aus den Umständen. Jedenfalls aber ist nicht mit Dernburg anzunehmen, daß mangelnde Ernstlichkeit schon dann vorliegt, wenn die Vornahme der Handlung dem Wunsche des Auslobenden nicht entspricht.[7])

Gegen die Klagbarkeit einer derartigen Auslobung macht nun endlich noch Kohler geltend, daß es sich bei Beurteilung dieser Frage überhaupt nicht um eine rechtliche, sondern um eine wissenschaftliche Erörterung handle. Er führt aus: „Wissenschaftliche Fragen sind auf dem Wege literarischer Erörterungen zu lösen, nicht durch richterliche Urteile".[8]) Außerdem stehe zu befürchten, daß dann die Gerichte dazu benutzt werden, um eine wissenschaftliche Streitfrage auf dem Wege der Auslobung zum Gegenstand richterlicher Entscheidung zu machen. Auf diese Weise aber würde eine bedeutende Autorität geschaffen werden.

So einleuchtend diese Ansicht auf den ersten Blick erscheint, ist sie doch nicht haltbar. Der Umstand, daß die Ent-

---

[5]) vgl. Elster a. a. O. S. 47 u. 53; Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. § 335 Anm. 6.

[6]) vgl. Planck a. a. O. S. 643; Hamm a. a. O. S. 332.

[7]) Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. § 335 Anm. 6.

[8]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. a. a. O. S. 1ff.; Köttgen a. a. O. S. 382; Heinsheimer a. a. O. S. 623.

scheidung von einer wissenschaftlichen Frage abhängt, kann für das Gericht kein Grund sein, sich damit nicht zu beschäftigen und die Klage deswegen abzuweisen.[9]) Denn wie sollte man dann überhaupt eine Grenze ziehen, worüber das Gericht entscheiden darf und worüber nicht. Und so sind denn auch die Fälle, namentlich in Schadensersatzprozessen, gar nicht selten, in denen das Gericht über besonders schwierige Fragen wissenschaftlicher, künstlerischer oder technischer Natur zu entscheiden hat. Die Furcht Kohlers, die Gerichte möchten hierzu mißbraucht werden, ist völlig unbegründet. Bei derartigen Fragen wird sich der Richter in tatsächlicher Beziehung mehr oder weniger auf das Gutachten von Sachverständigen verlassen müssen. Mag nun das Gericht entscheiden wie es will, der wissenschaftliche Meinungsstreit wird trotzdem weiterbestehen bleiben und vielleicht dadurch nur noch mehr entfacht werden. Es wird daher schon an sich zwecklos sein, eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. Aber auch die Prozeßkosten werden eine wirksame Schranke dafür bieten, daß die Gerichte mit derartigen Prozessen nicht behelligt werden. An sich aber hat das Gericht, wie schon gezeigt, keine Veranlassung, die Entscheidung über eine wissenschaftliche Frage abzulehnen.

M. E. würden daher aus rechtlichen Gründen keine Bedenken entgegenstehen, der Klage des Grafen Hoensbroech stattzugeben.[10])

---

[9]) vgl. Planck a. a. O. S. 643.

[10]) So auch Planck a. a. O. S. 643; Monke a. a. O. S. 43; Reymann a. a. O. S. 14; im Ergebnis auch Winkler a. a. O. S. 356 u. Mengel a. a. O. S. 30.

II. Teil.

Historischer Überblick.

§ 6.

Spiel und Wette im römischen Recht.

Unsere Kenntnis über die Behandlung der Spielverträge im römischen Recht schöpfen wir aus dem corpus iuris Justinians. Die früheren Rechtsquellen, die sich mit dem Spiele beschäftigen, sind so dürftig und teilweise derart unklar, daß wir daraus eine sichere Erkenntnis nicht gewinnen können. Einige wenige Anhaltspunkte geben uns die römischen Dichter Plautus, Ovid und Horaz, und auch den Schriften Ciceros, der uns u. a. von einer lex, quae est de alea berichtet, ist einzelnes zu entnehmen, ohne daß es indes möglich wäre, daraus sichere Schlüsse zu ziehen.[1])

Gespielt wurde bei den Römern schon seit den frühesten Zeiten, und besonders das Würfelspiel, das aller Wahrscheinlichkeit nach aus Griechenland stammt, erfreute sich großer Beliebtheit. Anfangs diente das Spiel vorzugsweise zur Unterhaltung, barg also keine Gefahren in sich und wurde von der Gesetzgebung infolgedessen auch wenig beachtet. Jedoch bereits im 3. Jahrhundert v. Chr. artete es aus. Die Gewinnsucht wurde das treibende Motiv, so daß daraus schwere wirtschaftliche und sittliche Schäden entstanden und sich die Gesetzgebung zum Eingreifen genötigt sah. Sie tat dies, indem sie das Spiel vollständig verbot und unter Strafe stellte.

Alle Strafbestimmungen erwiesen sich jedoch als wirkungslos, die Spiellust wurde nicht erstickt, sondern besonders infolge der schlechten Beispiele, die die vornehmen Römer ihren Stammesgenossen gaben, nur noch mehr entfacht. Die Einsätze wurden höher, und die Wagelust stieg mehr und mehr. Nach einem Berichte Ciceros soll beispielsweise Antonius ungeheuere Summen im Spiel verloren haben. Sogar am Hofe der Kaiser

[1]) Schönhard a. a. O. S. 10ff.

stand das Glücksspiel in großem Ansehen. Kein Wunder, wenn diese Spielleidenschaft in weiten Kreisen Eingang fand und auch das niedere Volk ergriff. Alle Strafdrohungen waren vergebens, und erst der Kaiser Justinian traf eine endgültige Regelung. Dieser hob alle Strafsatzungen auf, führte aber umfangreiche zivilrechtliche Bestimmungen ein, die im corpus iuris in Dig. 11,5 de aleatoribus und im Cod. 3,43 de aleae lusu et aleatoribus behandelt werden. Diese von Justinian getroffenen Bestimmungen sind teilweise aus einem von Paulus zitierten, der Zeit nach unbekannten Senatsbeschluß, im übrigen aber aus der prätorischen Gesetzgebung entnommen.

Hiernach ist das Spiel vollständig verboten mit Ausnahme von fünf mit Namen aufgezählten Spielen. Aber auch diese sind nur dann erlaubt, sofern nicht höher als um einen Solidus gespielt wird. Die betreffende Bestimmung lautet:

> Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere, praeter quam si quis certet hasta vel pilo iaciendo, vel currendo, saliendo, luctando pugnando, quod virtutis causa fiat.[2])

Diese erlaubten Spiele sind griechischen Ursprungs[3]) und heutzutage kaum mehr üblich. Sie galten aber, da sie zur Übung des Mutes und zur Stählung des Körpers dienten, als lobenswert und sollten zur Schulung für den Kriegsdienst möglichst gepflegt werden. Außer diesen war es noch erlaubt, um das zu spielen, quod in convivio vescendi causa ponitur,[4]) eine Bestimmung, die sich jedenfalls daraus erklärte, daß in solchen Fällen dem Vermögen ein nennenswerter Schaden nicht drohte.

Um dieses Spielverbot möglichst wirkungsvoll zu gestalten, wird dem Verlierer ein Rückforderungsrecht auf das im Spiel Verlorene gewährt, welches erst in 50 Jahren verjährte. Dieses Recht stand selbst dem Haussohne, der im Spiel an seinen Vater etwas verloren hatte, diesem gegenüber zu. Es ging auf den Erben über und konnte, wenn dieser eine Klage nicht erheben wollte, vom Vorsteher der Ortsgemeinde, in der das Spiel stattgefunden hatte, oder vom Fiskus geltend gemacht werden.[5])

Auffallend schwere Nachteile trafen den susceptor, d. h. denjenigen, welcher Spieler in sein Haus aufnahm. Dieser nämlich erhielt keine Genugtuung für etwaige Schläge oder

---

[2]) Dig. 11.5 l. 2 § 1.

[3]) vgl. Glück a. a. O. S. 326.

[4]) Dig. 11,5 l. 4; Schönhard a. a. O. Bd. 1 S. 85ff.; Sintenis a. a. O. Bd. 2 S. 735 Anm. 1.

[5]) Cod. 3, 43 l. 2; vgl. Glück a. a. O. S. 332; Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. 2 S. 261; Heimbach a. a. O. Bd. 10 S. 393; Sintenis a. a. O. Bd. 2 S. 735; Bruck a. a. O. S. 12f.

sonstige Schäden, die ihm von den Mitspielern zugefügt wurden, oder für den Diebstahl, der während des Spiels in seinem Hause begangen wurde.

Schon der Prätor hatte darüber die folgende Bestimmung getroffen: si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, sive quid eo tempore dolo eius subtractum est, iudicium non dabo.[6])

Eine weitere Bestimmung ging dahin, daß die Häuser, in denen hölzerne Pferdchen gefunden wurden, dem Fiskus verfallen sein sollten.[7]) Vielfach wird angenommen, daß damit das Schachspiel gemeint ist. Jedoch wäre dann, worauf auch Mengel[8]) hinweist, unbegreiflich, weshalb das Schachspiel, bei dem die Entscheidung so wenig wie bei keinem andern Spiel vom Zufall abhängt, bei dem es vielmehr in hervorragendem Maße auf die Geschicklichkeit der Spieler ankommt, mit derartigen gewaltsamen Mitteln unterdrückt werden sollte. Es ist daher mit Recht anzunehmen, daß es sich hier um ein uns unbekanntes Glücksspiel handelt.

Nach Dig. 11, 5 l. 1 pr. et § 4 wird derjenige, der einen andern zum Spiele zwingt, mit Strafe bedroht: In eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam.

Im übrigen aber war das Spiel im justinianischen Recht straffrei. Nur für die Geistlichen wurde unter dem Einfluß der Kirche eine Ausnahme gemacht. Jede Beteiligung eines Geistlichen am Spiel, sogar schon das bloße Zusehen, zog dreijährige Suspension nach sich.[9]) —

Im Gegensatz zu diesen ausführlichen Bestimmungen über das Spiel ist es auffallend, daß für die rechtliche Behandlung der Wette in den römischen Quellen sichere Anhaltspunkte nicht zu finden sind. Man zweifelt deshalb sogar daran, ob die Römer überhaupt Wettverträge in unserem Sinne gekannt haben.[10]) Die herrschende Lehre nimmt allerdings an, daß die Wette im Gegensatz zum Spiel ein durchaus erlaubter und klagbarer

---

[6]) Dig. 11, 5 l. 1; vgl. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 862; Glück a. a. O. S. 337; Heimbach a. a. O. Bd. 10 S. 395; Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 170.

[7]) Cod. 3, 43 l. 2; vgl. Glück a. a. O. S. 330; Schönhard a. a. O. S. 92 ff.; Hirschfeld a. a. O. S. 16.

[8]) Mengel a. a. O. S. 34.

[9]) Nov. 123 cap. 10; vgl. Glück a. a. O. S. 331; Schönhard a. a. O. S. 94; Heimbach a. a. O. Bd. 10 S. 395; Bruck a. a. O. S. 9.

[10]) vgl. Thöl a. a. O. S. 264 ff.; Endemann a. a. O. S. 1174; Mengel a. a. O. S. 37 ff.

Vertrag gewesen sei.[11]) Darnach konnte im römischen Recht ein Wettvertrag entweder dadurch rechtswirksam geschlossen werden, daß die Parteien einen Wettrichter ernannten und die Wettsumme bei diesem deponierten, oder dadurch, daß sie sich die Wettsumme gegenseitig durch Stipulation versprachen.[12]) Um die Gültigkeit der Wette zu beweisen, weist man auf die Prozeßwetten im Sakramentsprozeß hin, wobei die Parteien unter Beteuerung der Rechtmäßigkeit ihres Anspruchs eine Wettsumme deponieren, die jede Partei für den Fall, daß sie unterliegt, verloren haben will. Andrerseits wird aber gerade dieses letzte Argument dazu benutzt, um gegen die herrschende Lehre anzukämpfen. Man weist nicht mit Unrecht darauf hin, daß die Prozeßwetten einen ganz anderen Inhalt als unsere heutigen Wettverträge haben. Jene sind keine Verträge ohne wirtschaftlichen Ernst, die um ihrer selbst willen geschlossen werden, sondern sie bilden lediglich eine formale Handlung, einen Prozeßakt, durch den das Recht auf ein iudicium begründet werden soll.[13])

Wenn dies nun auch an sich richtig ist, so ist auf der anderen Seite m. E. doch nicht aus den Augen zu lassen, daß der Sakramentsprozeß aller Wahrscheinlichkeit nach sich eine wirkliche Wette zum Vorbild genommen hat, und daß er erst nachträglich zu einem formalen Akt geworden ist.

Um die herrschende Lehre, die sich darauf stützt, daß in den Quellen tatsächlich an einzelnen Stellen von Wettverträgen, die mit sponsiones bezeichnet würden, die Rede sei, zu widerlegen, behauptet Mengel,[14]) daß das Wort sponsio überhaupt nicht einen Wettvertrag bedeute. Es werde vielmehr entweder im Sinne von Bürgschaftsübernahme oder gleichbedeutend mit stipulatio gebraucht und bezeichne daher nur eine einseitige Verpflichtungsübernahme. Davon ausgehend, folgert Mengel nun: „Auf der andern Seite ergibt sich aber gerade aus der vielseitigen Anwendbarkeit der sponsiones die Möglichkeit, sie auch Wettzwecken dienstbar zu machen, und es scheint dies tatsächlich, vor allem bei den schon in Rom sehr beliebten Wettrennen geschehen zu sein. Indem man einander durch sponsio und resti-

---

[11]) So besonders Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 858; Vangerow a. a. O. Bd. 3 S. 522; Sintenis a. a. O. Bd. 2 S. 735; Dernburg, Pand. a. a. O. Bd. 2 S. 287; Heimbach a. a. O. Bd. 10 S. 411 f.; Glück a. a. O. S. 350 ff.; Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 215 ff.; Bluntschli a. a. O. Bd. 2 S. 139.; Bruck a. a. O. S. 8 ff.; Hirschfeld a. a. O. S. 15 ff.; Elster a. a. O. S. 35 f.; Weymann a. a. O. S. 42.

[12]) vgl. Vangerow a. a. O. Bd. 3 S. 523; Heimbach a. a. O. Bd. 10 S. 411; Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 216 f.

[13]) So Mengel a. a. O. S. 43.

[14]) Mengel a. a. O. S. 39 ff.

pulatio unter entgegenstehenden Bedingungen die Wettsumme versprach, hatte man eine Form, in die man die Wette kleiden und unter der man sogar die Klagbarkeit der Wettsumme begründen konnte".[15]) Die Klagbarkeit stützt Mengel demzufolge nicht auf einen Wettvertrag, sondern auf den durch sponsio eingegangenen Verbalkontrakt.

Diese Beweisführung Mengels ist m. E. nicht hinreichend, um die herrschende Lehre zu widerlegen. Einerseits übersieht diese Theorie, daß es bei dem einer solchen sponsio und restipulatio zugrunde liegenden aleatorischen Moment leicht möglich ist, die Vorschriften über die Klaglosigkeit des Spieles zu umgehen, und daß daher eine scharfe Abgrenzung dieser beiden Verträge nicht erzielt wird, andrerseits aber erscheint die Annahme, das Wort sponsio könne niemals zur Bezeichnung eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts verwendet werden, nicht haltbar. Zunächst steht fest — und dies gibt auch Mengel zu —, daß in der außerjuristischen Literatur vielfach von Wetten in unserem Sinne die Rede ist, und daß im gewöhnlichen Leben das Wort sponsio „eine unserem Begriffe Wette ähnliche Bedeutung hat". So berichtet uns z. B. Plinius,[16]) daß Kleopatra mit Antonius eine Wette einging, sie könne ein Mahl für 100 000 Sesterzen bereiten, und diese dadurch gewann, daß sie eine ihrer kostbaren Perlen in Wein auflöste. Ebenso finden sich auch sonst noch Belege dafür, daß das Wort sponsio in diesem Sinne gebraucht wurde. Wenn aber nun sponsio, wie durch die außerjuristische Literatur bezeugt ist, im Verkehrsleben die Bedeutung von Wette hatte, andrerseits aber die sponsio im Rechtssinne häufig zu Wettzwecken benutzt wurde, so liegt, zumal bei der vielseitigen Bedeutung des Wortes, der Schluß nahe, daß die beiden Stipulationen, die „nach Ansicht der Parteien eine Einheit bildeten", auch rechtlich als Einheit betrachtet und mit sponsio bezeichnet wurden. Jedenfalls ist ein sicherer Anhaltspunkt dafür, daß das Wort sponsio niemals die Bedeutung „Wette" hatte, nicht gegeben, und somit kann auch die herrschende Lehre nicht als widerlegt angesehen werden.

Nun ist es allerdings höchst auffällig, daß in den Quellen nirgends eine Definition enthalten, und namentlich, daß niemals von einem Unterschied zwischen Spiel und Wette die Rede ist, zumal da diese Streitfrage in der gemeinrechtlichen Literatur nahezu überreichlich behandelt wurde. M. E. läßt sich dies nur

---

[15]) Mengel a. a. O. S. 44.

[16]) Plinius, Naturgeschichte Bd. 9 Kap. 119; vgl. Mengel a. a. O. S. 43; Heimbach a. a. O. Bd. 10 S. 411; Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 215.

dadurch erklären, daß den Römern der einer Wette innewohnende Spielcharakter, wahrscheinlich im Hinblick auf die Prozeßwetten, weniger zum Bewußtsein gekommen ist, daß sie vielmehr auf die Wahrheitsbewährung und auf die Bestrafung eines unbegründeten Widerspruchs, was ihnen als etwas Ernstes[17]) erschien, das Hauptgewicht legten, wie auch schon daraus zu ersehen ist, daß ein Wettvertrag nicht schon als nudum pactum klagbar war, sondern daß es zur Begründung einer Verbindlichkeit einer bestimmten Form, ähnlich wie bei einem Bürgschaftsversprechen, bedurfte. Andrerseits aber setzte die Gesetzgebung gegenüber der Möglichkeit, daß die äußere Form eines Wettvertrags dazu benutzt wurde, um die Klaglosigkeit des Spielvertrags zu umgehen, eine einigermaßen wirksame Schranke dadurch, daß sie eine Wette über unerlaubte Spiele verbot, wie wenigstens die betreffende Bestimmung in Dig. 11, 5 l. 3 nach herrschender Auffassung zu verstehen ist[18]):

> In quibus rebus ex lege Titia et Publilia et Cornelia etiam sponsionem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.

Nach alledem ist mit der herrschenden Lehre daran festzuhalten, daß im römischen Recht die Wette im Gegensatz zum Spiel im allgemeinen als klagbarer Vertrag anzusehen ist. Verboten ist eine Wette außer über unerlaubte Spiele dann, wenn dem Vertrag eine causa inhonesta,[19]) d. h. ein unsittlicher Inhalt, zugrunde liegt.

§ 7.

Spiel und Wette im deutschen Recht.[1])

Wenn wir einen Bericht über die alten Germanen lesen, so ist darin sicher niemals vergessen, jene unbändige Spielleidenschaft zu erwähnen, die gerade unseren Vorfahren eigentümlich war. Kampf und Spiel waren bei ihnen die Beschäftigungen, die allein eines freien Mannes würdig waren. Ja das Spiel erschien ihnen als etwas Heiliges, als ein Geschenk der Götter,

---

[17]) vgl. auch Crome a. a. O. Bd. 2 S. 831 Anm. 1.

[18]) So Sintenis a. a. O. Bd. 2 S. 735; Glück a. a. O. S. 352; Krügelstein a. a. O. S. 18. And. M. Walter a. a. O. S. 421; Dankwardt a. a. O. S. 10, nach denen die Stelle so auszulegen ist, daß die Wette im römischen Recht im allgemeinen verboten und lediglich eine solche über die fünf erlaubten Spiele zulässig sei.

[19]) Dig. 19, 5 l. 17 § 5.

[1]) vgl. insbesondere die Abhandlungen von Schuster und Wilda.

woran uns noch heute beispielsweise die Neunzahl beim Kegelspiel erinnert, die als heilige Zahl galt und Frô, dem Gotte der Freude und des Frohsinns, geweiht war. Wir bewundern an unseren Vorfahren jene unerschütterliche Treue, mit der sie sich der Entscheidung des Spieles unterwarfen, zugleich aber auch jenen wahnwitzigen Wagemut, mit der sie bereitwillig selbst ihre Freiheit dahingaben.[2]) Und doch ist nicht, wie Tacitus meint, der die Germanen nach römischem Maßstabe mißt, die Gewinnsucht das Motiv zum Spiel, sondern es ist lediglich der Reiz am Wagen, der sie dazu treibt, sich dem Spiele hinzugeben.[3]) Ihrem Volkscharakter entsprechend suchen sie die Gefahr und dürsten darnach, wenn nicht im Kampfe, so doch wenigstens im Spiel ihren ganzen Mann zu stellen.

Nach alledem ist es nicht zu verwundern, daß die Germanen dem Spiele die gleiche rechtliche Bedeutung beilegten wie jedem anderen Rechtsgeschäft, und man geht wohl nicht fehl, wenn man annimmt, daß sie das Spiel als klagbaren Vertrag behandelten. Dies entsprach durchaus den Anschauungen unserer Vorfahren, wenn auch in den Rechtsquellen das Spiel bis ins 13. Jahrhundert keine Erwähnung findet.[4]) Erst der Sachsenspiegel[5]) beschäftigt sich damit, indem er die Haftung des Erben für eine Spielschuld ausschloß, ein Beweis dafür, daß derartige Verbindlichkeiten in früherer Zeit sogar vererblich waren. Für das sächsische Landrechtsgebiet wurde die Klagbarkeit der Spielschulden ausdrücklich ausgesprochen im sogen. Rechtsbuch nach Distinktionen.[6])

Gesetzlich beschränkt wurde das Spiel anfangs nirgends. Die Kirche bekämpfte es wohl als etwas Heidnisches, ohne indes gesetzliche Bestimmungen darüber zu treffen, mit der Ausnahme, daß sie den Geistlichen jede Beteiligung am Spiel verbot.

Erst allmählich griff die Gesetzgebung in die Freiheit des Spiels ein. Zunächst aber erstreckten sich die Beschränkungen nur auf Unmündige. So wurde häufig, namentlich in den süddeutschen Rechten, bestimmt, daß Unmündige nicht mehr als ihre Kleider verspielen und auch nicht um mehr gepfändet werden dürften. Das übrige wurde als dem Vater gehörig angesehen

---

[2]) vgl. Tacitus, Germania cap. 14.

[3]) vgl. Schuster a. a. O. S. 30.

[4]) Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 144; Bruck a. a. O. S. 26 ff.; Schuster a. a. O. S. 100 ff.; Stobbe-Lehmann a. a. O. Bd. 3 S. 429 Anm. 2; Heimbach a. a. O. S. 396; Bluntschli a. a. O. Bd. 2 S. 135; Mengel S. 46.

[5]) Sachsensp. I, 6 § 2: Sve so dat erve nimt die sal dur recht die scult gelden also vern als it erve geweret an varender habe. Düve noch rof noch dopelspel n' is he nicht plichtich to geldene.

[6]) Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 146; Heimbach a. a. O. S. 397 f.; Mengel a. a. O. S. 46.

und diesem sogar ein Rückforderungsrecht gewährt.[7]) Interessant ist eine Bestimmung des ältesten Wiener Stadtrechts, die den Stadtschülern verbot, ihre Kleider, Bücher usw. zu verspielen, und ihnen nur erlaubte, um das zu spielen, was sie an barem Gelde bei sich hatten, eine wohlberechnete Vorschrift, da gerade das bare Geld nicht gerade häufig bei ihnen vorhanden gewesen sein dürfte.[8]) In anderen Rechten, wie z. B. in Augsburg, war das Spiel den Unmündigen überhaupt verboten.

Diese Beschränkungen, denen die Minderjährigen unterlagen, wurden später mehrfach auf das Spiel im allgemeinen ausgedehnt,[9]) und die Entwicklung ging immer mehr dahin, zu verhindern, daß man auf Borg, d. h. daß man um mehr spielte, als was man bei sich hatte. Ja man ging sogar so weit, daß man zuweilen dem Spiele die Klagbarkeit vollständig absprach. So wurde zuerst im Magdeburger Schöffenrecht von 1261 das Spiel für klaglos erklärt und bestimmt:

> Beklaget ein man den anderen umb topelspil, her en hat ime nicht zu antwortene.[10])

Anderswo, wie namentlich im Rechtsbuch des Königs Ludwig von 1346, wurde nur noch eine Pfändung an fahrender Habe gestattet.[11])

Diese strengeren Anschauungen über das Spiel waren geboten durch die große Ausbreitung, welche die Spielsucht besonders in den Städten genommen hatte. Befördert wurde diese namentlich durch das Aufkommen des gemünzten Geldes. An die Stelle der Naturalwirtschaft war die Geldwirtschaft getreten und hatte eine Änderung der wirtschaftlichen Lage herbeigeführt. Auch kamen gegen Ende des 13. Jahrhunderts die Karten auf und gaben dem Spiel eine größere Vielseitigkeit. Man spielte jetzt nicht mehr aus Lust am Wagnis, sondern der Trieb zum Spiele wurde die Gewinnsucht.

Wesentlich zur Verbreitung des Spieles trugen auch die fahrenden Schüler bei, jene teilweise recht wüsten und leichtsinnigen Gesellen, die ruhelos von Ort zu Ort zogen und das, was sie sich erbettelt hatten, verjubelten und vertranken, und die, wenn sie gar nichts mehr ihr eigen nannten, doch wenigstens

---

[7]) Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 151; Heimbach S. 399.
[8]) Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 152.
[9]) Bruck a. a. O. S. 30 f.
[10]) Ähnliche Bestimmungen finden sich ferner im Sächsischen Weichbild, Lüneburger Stadtrecht, Prager Stadtrecht und in den Augsburger Statuten von 1276. Vgl. hierzu auch Bruck a. a. O. S. 32 f.; Schuster a. a. O. S. 133 und Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 148.
[11]) Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 154; Heimbach a. a. O. S. 399.

noch die Aussicht hatten, im Spiel zu gewinnen. Es entstanden eigene Spielhäuser, oft in Verbindung mit Frauenhäusern, wo sie sich unter wilden Trinkgelagen ihrer Spiellust hingaben. Hatte der Verlierer nichts mehr, so wurden ihm die Kleider ausgezogen, er selbst aber davongejagt. Und so ist es nicht zu verwundern, daß es bei diesen rohen Sitten oft zu wüsten Szenen gekommen ist, und es erscheint glaubhaft, wenn uns berichtet wird, daß gegen Ende des 15. Jahrhunderts die Stadtgerichte von Ulm vollauf zu tun hatten, die durch Gewalttätigkeiten beim Spiel entstandenen Streitigkeiten zu schlichten.[12]) Auch traf man seit dem 13. Jahrhundert gar nicht selten auf Falschspieler, und so kam es, daß das Spiel arg in Verruf geriet, und daß ein Spieler für etwas Schlimmeres als ein Räuber galt,[13]) das Falschspiel aber als eine peinliche, an Hals und Hand zu strafende Missetat angesehen wurde.[14])

Es wurden deshalb vielfach, anfangs allerdings nur in den Städten, Spielverbote erlassen. Zum ersten Male finden wir ein derartiges Spielverbot im Landshuter Stadtrecht von 1278.[15]) Weiterhin wird das Spiel in den Landes- und Polizeiordnungen bekämpft, und die Verbote werden zuweilen durch Strafen verschärft. Alle hierher gehörigen Rechtsquellen sind mit Ausnahme der in der Literatur häufig erwähnten Reuterbestallung von 1570 partikularrechtlich und gehen von verschiedenen Gesichtspunkten aus. Im wesentlichen lassen sich vier Gruppen unterscheiden.

Die einen verbieten gewisse Arten von Spielen. So war beispielsweise das Kugel- und Kegelspiel in München und Nürnberg verboten, in Göttingen dagegen bis zu einer gewissen Höhe erlaubt. Das Würfelspiel war, wenn es auch vereinzelt, wie in Braunschweig, erlaubt war, in den meisten Rechtsquellen verboten.[16])

Andere Gesetze, darunter insbesondere das Regensburger Stadtrecht von 1320 und das neuere Freiburger Stadtrecht, verbieten das Spiel in gewisser Höhe.[17])

Anderswo wird vielfach ohne Rücksicht auf Höhe und Art

---

[12]) vgl. Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 155.

[13]) Backstorfsche Glosse zum Sachsensp. III, 6: Wiß aber erstlich, daß ein Spieler viel erger ist als ein Räuber; vgl. Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 155.

[14]) Schuster a. a. O. S. 190 ff.

[15]) Schuster a. a. O. S. 152.

[16]) Schuster a. a. O. S. 133; Bruck a. a. O. S. 35; Heimbach a. a. O. S. 401; Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 159; Stobbe-Lehmann a. a. O. Bd. 3 S. 431.

[17]) Heimbach a. a. O. S. 401; Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 160.

das Spielen auf Borg verboten. So in der schon genannten Reuterbestallung,[18]) wo es in § 211 folgendermaßen heißt:

> Es soll keiner dem andern auf dem spiel aufschlagen, noch weiter, dann er baargeld hat, spielen: wo aber einer dem andern viel oder wenig auf borg abgewinne, soll ihm der ander nichts darumb zu zahlen schuldig seyn.

Endlich gibt es auch einige, wenn auch wenige Bestimmungen, die das Spiel radikal verbieten. Dazu gehören insbesondere das Ulmer Stadtrecht von 1497 sowie das Prager und das Lüneburger Stadtrecht von 1679.[19])

Die Strafbestimmungen erstreckten sich zuweilen auch auf die Teilnahme am Spiel, so daß derjenige mit Strafe bedroht wurde, der einem andern Geld zum Spiele gab oder zu dessen Förderung durch Gewähren von Würfeln, Tisch oder Licht beitrug.[20])

Abgesehen von diesen meist partikularrechtlichen Bestimmungen finden wir, daß der Kampf gegen das Spiel so weit ging, daß zuweilen selbst die Zünfte ihren Mitgliedern das Spielen bei Strafe verboten und sie sogar mit Ausschließung aus dem Verbande bedrohten.[21])

Obwohl nun aber, wie aus dem bisher Gesagten zu entnehmen ist, das Spiel seine frühere Klagbarkeit verloren hatte und meist sogar mit Strafe bedroht war, so blieben doch die altgermanischen Anschauungen insoweit erhalten, als im Gegensatz zum römischen Recht ein Rückforderungsrecht des einmal Geleisteten nicht gewährt wurde.[22]) —

Von der Wette ist in den deutschen Rechtsquellen nur selten und vor dem 14. Jahrhundert außer in den altgermanischen Heldensagen, wie im Nibelungenlied und in der Beowulfsage, überhaupt nicht die Rede.[23]) Ursprünglich hatte das Wort wadia oder Wette eine andere Bedeutung als heutzutage. Im älteren Recht konnte nämlich eine Leistung rechtswirksam nur dadurch versprochen werden, daß der Schuldner dem Gläubiger eine Sache als wadia übergab mit der Bestimmung, daß der Gläubiger sich im Falle

---

[18]) Ebenso auch in dem Göttinger Statut, in der Württemberger Landordnung von 1495 und in der Memminger Zuchtordnung. Vgl. auch Bruck a. a. O. S. 35 f.; Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 162; Heimbach a. a. O. S. 402.

[19]) vgl. Schuster a. a. O. S. 152 ff.; Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 163 ff.; Bruck a. a. O. S. 37; Heimbach a. a. O. S. 402.

[20]) Schuster a. a. O. S. 176.

[21]) So das Zunftrecht der Beeskower Gewandmacher von 1344. Vgl. Schuster a. a. O. S. 183.

[22]) vgl. Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 189; Schuster a. a. O. S. 121.

[23]) Bruck a. a. O. S. 47; Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 200 ff.; Heimbach a. a. O. S. 414; Schuster a. a. O. S. 8 ff.

der Nichtleistung aus der Sache befriedigen konnte. Der Gläubiger hatte also ursprünglich keine Klage, sondern es war ihm, wenn der Schuldner nicht leistete, die wadia als Ersatzleistung verfallen.[24]) Als dann ein klagbarer Anspruch anerkannt wurde, war die Übergabe einer Sache zur Sicherung des Gläubigers zwar nicht mehr nötig, wurde aber als Symbol, zum Zeichen des Vertragsabschlusses beibehalten und nunmehr nur ein wertloser Gegenstand, meist ein Halm oder ein Stab, übergeben. Häufig wurden damit zugleich unter den Parteien gegenseitig Strafzahlungen ausbedungen, und da dies besonders für den Fall üblich war, daß sich der Gegner mit seiner Behauptung im Unrecht befand, wurde mit der Zeit das Wort wadia im Sinne unseres heutigen Wettvertrages gebraucht.

Ebenso wie das Spiel erfährt die Wette in den einzelnen Partikularrechten verschiedene Behandlung. In einigen Rechtsquellen wird die Wette als klagbarer Vertrag überhaupt nicht anerkannt. So wurde beispielsweise im Regensburger Stadtrecht von 1320 bestimmt, daß man nicht richten solle um Wetten und Überwetten.[25]) In Braunschweig war die hohe Wette sogar mit Strafe bedroht,[26]) während andererseits im Hamburger und Lübecker Recht die Klagbarkeit der Wette von vornherein anerkannt wurde.[27]) Im allgemeinen aber zeigt sich das Bestreben, Spiel und Wette gleich zu behandeln und daher auch gleichmäßig zu beschränken.[28]) Eine in gewinnsüchtiger Absicht abgeschlossene Wette wurde dementsprechend als Glücksspiel angesehen und als solches beurteilt. Später jedoch, gegen Ende des 15. Jahrhunderts, wird an vielen Orten, namentlich in Freiburg und Frankfurt, die Klagbarkeit der Wette besonders hervorgehoben, eine Erscheinung, die unverkennbar auf den Einfluß des römischen Rechts zurückzuführen ist, nach dem die Wette nach damaliger allgemeiner Ansicht als klagbarer Vertrag behandelt wurde.[29])

---

[24]) Stobbe-Lehmann a. a. O. Bd. 3 S. 424 Anm. 1; Reuber a. a. O. S. 9 f.

[25]) Ähnliche Bestimmungen findet man auch im Münchener und Magdeburger Recht. Vgl. Schuster a. a. O. S. 57; Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 220; Bruck a. a. O. S. 47.

[26]) vgl. Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 221.

[27]) vgl. Bruck a. a. O. S. 47 f.

[28]) Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 223; Bluntschli a. a. O. Bd. 2 S. 139.

[29]) Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 224.

§ 8.

Die Zeit von der Rezeption bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Nach der Rezeption des römischen Rechts war in Deutschland die Behandlung von Spiel und Wette in Theorie und Praxis eine höchst unsichere. Die Frage, welches Recht Anwendung zu finden habe, ist in der gemeinrechtlichen Literatur lebhaft bestritten. Zwei Ansichten stehen sich schroff gegenüber: die Anhänger des römischen Rechts und die der deutschen Rechtswissenschaft. Jene behaupten, das römische Recht sei als ein Ganzes rezipiert worden, und somit hätten auch die römischrechtlichen Bestimmungen über Spiel und Wette Anwendung zu finden.[1]) Diese vertreten den Standpunkt, daß die deutschrechtlichen Anschauungen von Spiel und Wette im Volke derart eingewurzelt seien, daß sie vom römischen Recht nicht haben verdrängt werden können.[2])

Aber auch die Anhänger dieser beiden entgegengesetzten Richtungen waren untereinander keineswegs einig. Die strengeren Romanisten hielten an der Bestimmung Justinians fest, wonach nur fünf mit Namen aufgezählte Spiele erlaubt seien. Da nun diese in Deutschland überhaupt nicht mehr in Anwendung waren, so schloß man daraus, daß jedes Spiel verboten sei.[3]) Wie irrig diese Ansicht ist, wird von Lehmann[4]) sehr treffend dargetan, welcher hierzu bemerkt: „Als rezipiert sind die römischen Rechtsprinzipien, nicht aber die in Deutschland unanwendbaren Anwendungen zu betrachten. Es ist eine contradictio, zu sagen: die Klagbarkeit gewisser Spiele ist in Deutschland rezipiert, aber nur solcher, die nicht gespielt werden".

Diese Anschauung entsprach überdies so wenig dem deutschen Rechtsbewußtsein, daß sie selbst bei den Vertretern des römischen Rechts wenig Anklang fand. Um aber an den römischen Rechtsprinzipien festzuhalten, erklärte man mit Rücksicht darauf, daß die von Justinian erlaubten Spiele sämtlich körperlichen Übungen dienten, alle Spiele zum Zwecke körperlicher Übungen sowie

[1]) Bruck a. a. O. S. 24; Glück a. a. O. S. 343 f.; Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. 2 S. 261; Danz a. a. O. Bd. 2 S. 306; Eichhorn a. a. O. S. 308.

[2]) So insbes. Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 185 ff.; Walter a. a. O. S. 417.

[3]) So Sintenis a. a. O. Bd. 2 S. 733; dagegen Schuster a. a. O. S. 200 f.

[4]) Stobbe-Lehmann Bd. 3 a. a. O. S. 431.

auch die der Ausbildung des Geistes dienenden Kunstspiele für erlaubt.[5])

Die Vertreter der anderen Richtung sehen vom römischen Recht vollständig ab und stützen sich lediglich auf die deutschrechtliche Entwicklung. Man betont vor allem, daß eine Einteilung der Spiele in erlaubte und unerlaubte im Sinne des römischen Rechts den deutschen Rechtsanschauungen fernliege, daß vielmehr hier für das Verbot eines Spieles lediglich dessen Gefährlichkeit entscheidend sei. Man stellte daher den Grundsatz auf: Ein Spiel ist nur dann verboten, wenn es ausdrücklich mit Strafe bedroht ist.[6]) Anderen jedoch ging diese Anschauung zu weit. Sie wollen nur die Spiele als erlaubt gelten lassen, die zur Unterhaltung dienen oder den Vermögensverhältnissen der Spielenden angemessen sind.[7])

Darin aber herrscht fast allgemein Übereinstimmung, daß eine Klage aus dem Spielvertrage nach gemeinem Recht nicht gegeben wird.[8]) Ebenso auch konnte ein Darlehn, das wissentlich zu einem Spiel gegeben worden war, nicht eingeklagt werden.[9])

Dagegen ist die Frage nach der Rückforderung des Geleisteten nicht unbestritten. Einig ist man sich darüber, daß bei einem erlaubten Spiel von einer Rückforderung nicht die Rede sein kann. Darum wollen viele ein Rückforderungsrecht des Geleisteten nur dann gewähren, wenn es sich um verbotene Spiele handelt.[10]) Andere weisen darauf hin, daß ein Rückforderungsrecht den deutschrechtlichen Überlieferungen widerspreche, da die althergebrachte Anschauung dahin gehe, daß man sich mit dem einmal kundgegebenen Willen nicht in Widerspruch setzen, und daß demnach selbst das im verbotenen

[5]) Bluntschli a. a. O. Bd. 2 S. 136; Gengler a. a. O. S. 445; Bruck a. a. O. S. 43; Keller a. a. O. Bd. 1 S. 505; Eichhorn a. a. O. S. 303.

[6]) So Dernburg, Pand. a. a. O. Bd. 2 S. 286; Stobbe-Lehmann a. a. O. Bd. 3 S. 431; Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 183; vgl. auch Mengel a. a. O. S. 55.

[7]) So Schuster a. a. O. S. 198; Walter a. a. O. S. 417; Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 859; v. Holzschuher a. a. O. Bd. 3 S. 887.

[8]) And. M. Dauz a. a. O. Bd. 2 S. 307; Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 860 Anm. 7; v. Holzschuher a. a. O. Bd. 3 S. 886; Gengler a. a. O. S. 445.

[9]) So Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 191; Walter a. a. O. S. 416; Heimbach a. a. O. Bd. 10 S. 411, während andere dies nur auf Darlehen für unerlaubte Spiele beziehen: Bruck a. a. O. S. 46; v. Holzschuher Bd. 3 S. 888; Gengler a. a. O. S. 446.

[10]) Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 859 Anm. 7; Schuster a. a. O. S. 212; Gengler a. a. O. S. 446; Dernburg, Pand. a. a. O. Bd. 2 S. 286; Beseler a. a. O. S. 535.

Spiel Verlorene nicht zurückgefordert werden dürfe.[11]) Praktisch konnte vielfach ein Rückforderungsrecht schon um deswillen nicht Platz greifen, weil in zahlreichen Rechten das im verbotenen Spiel verlorene Geld als dem Fiskus verfallen erklärt wurde.

Weit mehr als auf das Spiel macht sich der Einfluß des römischen Rechts bei der Behandlung der Wette im gemeinen Recht geltend. Man erklärte nach dem Vorbilde des römischen Rechts eine Wette über Spiele, die in Deutschland verboten waren, also namentlich über Hasardspiele, für nichtig,[12]) hielt aber im übrigen an der Klagbarkeit der Wette fest. Es kam nun aber häufig vor, daß unmäßige Summen als Wetteinsätze versprochen wurden, so daß der Schaden, den man durch das Spielverbot geheilt zu haben glaubte, sich hier wieder fühlbar machte. Um dem entgegenzutreten, um aber andererseits möglichst an der Klagbarkeit des Wettvertrags festzuhalten, war man vielfach der Meinung, daß der Richter bei übermäßig hoher Wettsumme berechtigt sein solle, diese herabzusetzen.[13]) Ein solches Moderationsrecht wurde auch in der Praxis in weitgehendem Maße geübt. Daneben aber wurde auch die Ansicht vertreten, daß in einem solchen Falle die Klage immer abgewiesen werden müsse, entweder mit der Begründung, daß eine derartige Wette unsittlich sei, oder daß zum Rechtsbestand der Wette die Mäßigkeit der Wettsumme gehöre und andernfalls ein Spiel vorliege.

Vielfach wird in der gemeinrechtlichen Literatur die Frage behandelt, wann eine Wette wegen Betrugs nichtig sei. Überwiegend spricht man sich dahin aus, daß Nichtigkeit einer Wette nicht schon dann vorliege, wenn jemand von der Richtigkeit seiner Behauptung sichere Kenntnis hat, ohne dies dem anderen mitzuteilen, sondern nur dann, wenn jemand vorgibt, eine Sache nicht genau zu wissen, und dadurch den andern zur Wette verleitet.[14])

---

[11]) Wilda a. a. O. Bd. 2 S. 185ff.; Bluntschli a. a. O. Bd. 2 S. 138; v. Holzschuher a. a. O. Bd. 3 S. 887.

[12]) Sintenis a. a. O. Bd. 2 S. 733; Wilda Bd. 8 a. a. O. S. 227ff.; Bruck a. a. O. S. 51.

[13]) Beseler a. a. O. S. 535; Heimbach a. a. O. Bd. 10 S. 415; Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 231; vgl. v. Vangerow a. a. O. Bd. 3 S. 524; Glück a. a. O. S. 56; Gengler a. a. O. S. 444; Bruck a. a. O. S. 52; Krügelstein a. a. O. S. 52. And. M. Bluntschli a. a. O. Bd. 2 S. 141; Stobbe-Lehmann a. a. O. S. 424; Eichhorn a. a. O. S. 310.

[14]) vgl. Windscheid a. a. O. Bd. 2 S. 861; v. Vangerow a. a. O. Bd. 3 S. 524; v. Holzschuher a. a. O. Bd. 3 S. 889; Glück a. a. O. S. 353; Heimbach a. a. O. Bd. 10 S. 420; Stobbe-Lehmann a. a. O. Bd. 3 S. 229; Walter a. a. O. S. 423; Keller a. a. O. S. 505; Krügelstein a. a. O. S. 33.

In der neueren Zeit wurden die Rechtssätze über Spiel und Wette in den partikularrechtlichen Kodifikationen neu geregelt,[15]) und es sollen wenigstens die wichtigsten der hier einschlägigen Bestimmungen nicht unerwähnt bleiben.

So wurde im preuß. allgem. Landrecht[16]) dem Spiel, das an sich mit Ausnahme des gewerbsmäßigen Hasardspiels erlaubt war, die Klagbarkeit versagt, andererseits aber ein Rückforderungsrecht des Geleisteten nicht gewährt. Ebensowenig konnte ein Darlehn zu Spiel- und Wettzwecken eingeklagt werden. Eine Wette wurde dann für klagbar erklärt, wenn die Wettsumme „sogleich bar gesetzt und entweder gerichtlich oder in die Hand eines Dritten niedergelegt worden".

Das österr. Gesetzbuch[17]) sieht jedes Spiel als eine Art von Wette an. Eine Klage wird daraus nicht gewährt, doch kann bei der redlichen Wette die bereits entrichtete oder hinterlegte Wettsumme nicht zurückgefordert werden.

Der Codex Maximilianeus Bavaricus[18]) erkennt die in der Literatur vielfach vertretene Einteilung der Spiele in Kunst-, Glücks- und gemischte Spiele an und erklärt die Kunst- und die gemischten Spiele für erlaubt und klagbar, sofern dadurch die Vermögensverhältnisse der Spielenden nicht überschritten werden. Glücksspiele sind klaglos, und es wird, ebenso wie beim Falschspiel und beim übermäßig hohen Spiel, ein Rückforderungsrecht des Verlorenen gewährt. Analoge Bestimmungen finden sich auch über die Wette. Diese wird als klagbarer Vertrag angesehen, soweit die Wettsumme nicht übermäßig hoch ist.

Nach französischem Recht[19]) wird aus Spiel und Wette keine Klage, aber auch, außer bei Betrug, kein Rückforderungsrecht des Geleisteten gegeben. Nur eine Anzahl Spiele, die zur Übung des Körpers dienen, sind ausgenommen und für klagbar erklärt. Doch hatte auch hier bei übermäßiger Spielsumme der Richter die Möglichkeit, die Klage zurückzuweisen.

Endlich noch ein paar Worte über die wichtigsten Bestimmungen über Spiel und Wette in Sachsen. In der Literatur wird öfter das sächsische Spielmandat von 1766 erwähnt, welches umfassende Vorschriften über das Spiel traf.[20]) Darin waren alle Hasardspiele schlechthin verboten, und zwar derart, daß der

---

[15]) vgl. Schuster a. a. O. S. 202 f.; Wilda a. a. O. Bd. 8 S. 238; Mengel a. a. O. S. 58 f.; Monke a. a. O. S. 16 ff.

[16]) Preuß. ALR. I, 11 §§ 577 ff.

[17]) Österr. BGB. Teil II Hauptstück 29 §§ 1271, 1272.

[18]) Codex Maximilianeus Bavaricus civilis IV cap. 12 § 5.

[19]) Code civil L. III Tit. XII §§ 1965 ff.

[20]) vgl. Neubert a. a. O. S. 2 ff.

Einsatz den Armenhäusern verfiel, die Spieler selbst aber zu Geld- und selbst zu Freiheitsstrafen verurteilt werden konnten. Der Wirt, welcher die Spieler nicht gewarnt oder Karten und Würfel hergegeben hatte, wurde mit 40 Talern bestraft und konnte, ähnlich wie im römischen Recht, für Mißhandlungen von seiten der Spieler keinen Ersatz verlangen. Ein wissentlich zu Spielzwecken gegebenes Darlehn war unklagbar; Kunstspiele waren, sofern nicht zu hoch gespielt wurde, erlaubt, und das freiwillig Geleistete konnte nicht zurückgefordert werden. Besonders streng verfuhr man gegen die Falschspieler, die mit schwerer Freiheitsstrafe und außerdem mit Entsetzung ihrer sämtlichen Ämter bedroht wurden.

Im 19. Jahrhundert war im Königreich Sachsen das bedeutendste Gesetzeswerk das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch. Darin war in § 1480 bestimmt, daß Forderungen aus Spiel und Wette weder durch Klage noch durch Einrede geltend gemacht, das freiwillig Geleistete aber außer beim verbotenen Spiel nicht zurückgefordert werden konnte.

Diese Vorschriften des sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs, in dem, wie fast bei allen neueren Kodifikationen, das Bestreben hervortritt, Spiel und Wette gleichmäßig zu behandeln, stimmen mit den Vorschriften unseres heutigen Bürgerlichen Gesetzbuchs über Spiel und Wette fast wörtlich überein, und es ist nunmehr im folgenden zu zeigen, welche Konsequenzen sich aus einer derartigen rechtlichen Behandlung ergeben.

III. Teil.

Spiel und Wette im geltenden Recht.

§ 9.

Systematische Stellung und rechtliche Behandlung der Spiel- und Wettverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt Spiel und Wette hinsichtlich ihrer rechtlichen Wirkung vollständig gleich und erreicht damit, daß der Streit über den begrifflichen Unterschied dieser Verträge für das bürgerliche Recht seine Bedeutung verloren hat. Auch gibt das Bürgerliche Gesetzbuch keine Definition des Spiel- und Wettvertrags, sondern überläßt dies der Wissenschaft, was bei der rechtlichen Gleichstellung beider Verträge durchaus unbedenklich ist.[1])

Die gesetzlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über diese Materie sind im 17. Abschnitt des 2. Buches enthalten, der überschrieben ist mit „Spiel, Wette". Behandelt ist in diesem Abschnitt einmal Spiel und Wette selbst, sodann der Lotterievertrag und das Differenzgeschäft.

Eine erschöpfende Regelung der Glücksverträge ist und soll damit nicht gegeben werden. Es gibt noch andere Verträge, die ganz oder teilweise aleatorische Momente in sich tragen und die vielfach lediglich der Spekulationslust dienen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es aber unterlassen, gemeinsame Normen für derartige Verträge aufzustellen, hat vielmehr nur die praktisch wichtigsten Fälle geregelt und es der Rechtsprechung überlassen, festzustellen, ob sich ein Rechtsgeschäft als verschleierter Spiel- oder Wettvertrag herausstellt, um dies dann den gleichen Grundsätzen zu unterwerfen.[2])

Der hier in Frage kommende § 762 Abs. 1 BGB. lautet folgendermaßen:

> „Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat".

---

[1]) Mot. a. a. O. S. 643.
[2]) Mot. a. a. O. S. 643.

Das Gesetz versagt demnach einem Spiel- oder einem Wettvertrag die Klagbarkeit, erkennt aber andererseits ein Rückforderungsrecht des auf Grund eines solchen Vertrags Geleisteten nicht an. Den Grund dieser Klaglosigkeit erblicken die einen in der Gefährlichkeit,[3]) andere in der wirtschaftlichen Zwecklosigkeit[4]) solcher Verträge. Auch wird der Mangel der Klagbarkeit vielfach damit begründet, daß Spiel und Wette dem Gebiet der Sitte angehören,[5]) und daß aus diesem Grunde auch ein Rückforderungsrecht des Geleisteten versagt werden müsse.

Trotz alledem werden im gesellschaftlichen Leben die Spielschulden als Ehrenschulden angesehen, und hier zeigt sich wieder einmal, daß der gesellschaftliche Zwang zuweilen stärker wirkt als eine gesetzliche Vorschrift. Denn es ist eine bekannte Tatsache, daß Spielschulden vielfach, und zwar gerade in den höheren Klassen des Volks, vor allen übrigen Verbindlichkeiten getilgt werden.

Die rechtliche Behandlung der Spielverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch hat Ähnlichkeit mit der römischrechtlichen Naturalobligation. Sie deckt sich mit ihr aber nicht vollkommen, weil letztere zum Gegenstand namentlich eines Schuldanerkenntnisses, eines Pfandrechts oder eines Bürgschaftsvertrags gemacht und auf diese Weise jederzeit in eine vollwirksame Verbindlichkeit umgewandelt werden konnte. Nach heutigem Recht ist ein Spiel- oder Wettvertrag immer klaglos. Daß trotzdem die Gesetzgebung dem Spiel nicht feindlich gesinnt ist, geht daraus hervor, daß ein Rückforderungsrecht des Geleisteten nicht gewährt wird. Spiel und Wette ist daher auch nach heutiger Rechtsauffassung nicht als etwas Verbotenes oder gar Unsittliches anzusehen. Diesen Standpunkt heben die Motive ausdrücklich hervor.[6])

Unter demselben Titel behandelt das BGB. in § 763 den Lotterievertrag und das Ausspielgeschäft. Bei jenem besteht der Gewinn in Geld, bei diesem in individuell bestimmten Sachen. Vom gewöhnlichen Spiel unterscheiden sich beide dadurch, daß hier eine größere Anzahl von Spielverträgen auf Grund eines einheitlichen Planes abgeschlossen wird, wobei jeder der Mitspielenden vom Unternehmer für den Einsatz ein Los erhält. Verbindlich ist der Vertrag dann, wenn die Lotterie oder die

---

[3]) So besonders Planck a. a. O. S. 806; Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 1172.

[4]) Staudinger a. a. O. S. 1215.

[5]) Prot. a. a. O. S. 3171; Oertmann a. a. O. S. 824; Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 579.

[6]) Mot. a. a. O. S. 664; vgl. auch Planck a. a. O. S. 806.

Ausspielung staatlich genehmigt ist. Andernfalls finden die Vorschriften über das Spiel Anwendung.

Als Spiel ist nach § 764 BGB. auch das Differenzgeschäft anzusehen. Nach der gesetzlichen Bestimmung versteht man darunter einen auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautenden Vertrag, der in der Absicht geschlossen wird, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teil an den gewinnenden gezahlt werden soll. Als solches ist auch ein Vertrag anzusehen, bei dem nur die Absicht des einen Teils auf Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß. Das Differenzgeschäft erscheint häufig äußerlich gar nicht als Spiel, weil es zuweilen in Form eines Börsengeschäfts abgeschlossen wird. Indessen dient es auch dann vielfach nur Spekulationszwecken, denen die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit durchaus fehlt. Um nun aber nicht die eigentlichen Börsengeschäfte zu treffen, die von Kaufleuten nicht aus Spekulationslust abgeschlossen werden, sondern eine Versicherung gegen Preisschwankungen bilden sollen und daher durchaus wirtschaftlicher Natur sind, hatte schon das Börsengesetz von 1896 den Börsentermingeschäften eine besondere Stellung eingeräumt und bestimmt, daß diese von solchen Personen klagbar abgeschlossen werden können, welche ins Börsenregister eingetragen sind. Nach dem neuen Börsengesetz v. 8. 4. 1908 ist das Börsenregister beseitigt, und die vollverbindlichen Termingeschäfte sind nach §§ 52 ff. des BörsG. in anderer Weise geordnet worden, wobei teilweise das Handelsregister an Stelle des früheren Börsenregisters getreten ist.

Eine nähere Erörterung von Lotterie und Differenzgeschäft würde über den Rahmen dieser Darstellung hinausgehen. Es sollen nunmehr die rechtlichen Folgen, die sich aus der Anwendung des § 762 BGB. ergeben, des näheren untersucht werden.

§ 10.

Die Folgen der Unklagbarkeit von Spiel und Wette.

Spiel und Wette begründen keine Verbindlichkeit. Wird trotzdem eine Klage erhoben, so ist diese von Amts wegen und nicht erst auf die Einwendung der anderen Partei hin abzuweisen. Ist demnach der Beklagte säumig und ergibt sich aus dem Vorbringen des Klägers, daß es sich um eine Spiel- oder Wettschuld handelt, so ergeht auf seinen Antrag kein Versäumnisurteil, sondern trotz der Säumnis der andern Partei Klagabweisung.

Aus der Unverbindlichkeit dieser Rechtsgeschäfte ergibt sich weiter, daß auch nicht auf Eingehung eines Spiel- oder Wettvertrags, noch viel weniger aber auf das Interesse wegen Unterlassens der vereinbarten Spiel- oder Wettätigkeit geklagt werden kann. Das Reichsgericht drückt diesen Gedanken in der Weise aus, daß es sagt: „Gibt es keine Klage, daß gespielt wird, so kann es auch keine Klage geben, daß nicht gespielt wird".[1])

Mit einer Forderung aus einer Spielschuld kann schon mit Rücksicht auf § 390 BGB. wider den Willen der andern Partei nicht aufgerechnet werden.[2]) Dagegen steht es dem Spielschuldner frei, eine Forderung aus einer klagbaren Verbindlichkeit mit einer Spielschuld zur Aufrechnung zu bringen, da hier die Erklärung der Aufrechnung einen Verzicht auf Geltendmachung der klagbaren Forderung enthält und somit einer Zahlung der Spielschuld gleichkommt. Dasselbe würde von der vertragsmäßigen Aufrechnung zu sagen sein, die aus diesem Grunde ebenfalls möglich ist.[3])

Da nach § 762 BGB. eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, so ist auch ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer Spiel- oder Wettschuld unmöglich, ebenso wie die Verabredung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung solcher Verträge wirksam nicht getroffen werden kann. Unverbindlich ist im gleichen Falle ein Bürgschaftsvertrag[4]) und die Bestellung eines Faustpfandes.[5]) Denn in allen den genannten Fällen wird das Bestehen einer vollgültigen Verbindlichkeit vorausgesetzt.

Was vom Faustpfand zu sagen ist, gilt auch für die Hypothek.[6]) Ist diese ins Grundbuch eingetragen, so fehlt es an einer Forderung, für die sie wirksam bestellt werden könnte. Eine solche ist nicht zur Entstehung gelangt. Infolgedessen steht die Hypothek, wie aus § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. ersichtlich, dem Eigentümer zu, dem, da das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage in Widerspruch steht, ein Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB. gegeben ist.

Unklagbar ist ferner ein Vergleich über eine Spiel- oder Wettschuld; denn dadurch hätten es die Parteien in der Hand, unter Umgehung der Vorschrift des § 762 BGB. eine an sich

---

[1]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 40 S. 259; Planck a. a. O. S. 808.
[2]) Entssh. d. RG. in Zivils. Bd. 1 S. 130, Bd. 35 S. 286, Bd. 38 S. 238; Mot. a. a. O. S. 645.
[3]) Entsch. d. RG. in Zivils. in JurW. 1903 S. 35; Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 141.
[4]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 52 S. 39; Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 584.
[5]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 47 S. 52.
[6]) Entsch. d. GR. in Zivils. Bd. 47 S. 48.

unklagbare Schuld in eine klagbare Verbindlichkeit zu verwandeln. Dagegen ist nach allgemein verbreiteter Ansicht ein Vergleich dann wirksam, wenn Streit darüber entstanden ist, ob ein Rechtsgeschäft als Spiel- oder Wettvertrag anzusehen ist oder nicht. Denn hier beruht der Vergleich nicht auf dem aleatorischen Vertrag, sondern er dient zur Beseitigung der Streitfrage, wie dieser Vertrag rechtlich zu qualifizieren sei.[7]) Doch ist dabei zu beachten, daß ein Vergleich auch in diesem Falle unwirksam ist, wenn in Wirklichkeit ein Spiel- oder Wettvertrag vorliegt und die Parteien den Vergleich offenbar nur dazu benutzen, um den Charakter dieses Vertrags zu ändern.

Ebenso wie ein Vergleich über die Frage möglich ist, ob ein Rechtsgeschäft als Spiel- oder Wettvertrag zu betrachten ist, oder ob tatsächlich ein vollgültiges Rechtsgeschäft vorliegt, kann darüber ein besonderes schiedsgerichtliches Verfahren vereinbart werden. Doch hat auch hier dasselbe zu gelten wie beim Vergleich. Ein Schiedsvertrag darf niemals dazu verwendet werden, eine Spiel- oder Wettschuld klagbar zu machen.

§ 11.

Der Ausschluß des Rückforderungsrechts.

„Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.“ Es macht keinen Unterschied, ob derjenige, welcher etwas auf Grund eines Spieles oder einer Wette geleistet hat, wußte, daß er dazu nicht verpflichtet war, und daß die Erfüllung nicht erzwungen werden konnte. Selbst der Erbe, der ohne Kenntnis des wirklichen Entstehungsgrundes eine Verbindlichkeit seines Erblassers gezahlt hat, kann das Geleistete nicht zurückverlangen, wenn er nachträglich erfährt, daß es sich um eine Spiel- oder Wettschuld handelte.[1]) Die Leistung selbst braucht nicht in Geld zu bestehen. Auch dann ist ein Spiel- oder Wettvertrag erfüllt, wenn der Gewinner eine andere Leistung als die geschuldete an Erfüllungsstatt annimmt.[2])

---

[7]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 49 S. 192; in JurW. 1902 Beil. S. 254, 264.

[8]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 27 S. 378, Bd. 31 S. 397, Bd. 36 S. 246, Bd. 56 S. 19, Bd. 58 S. 152.

[1]) Mot. a. a. O. S. 644; Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 579; Fischer-Henle a. a. O. zu § 762 Anm. 4.

[2]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 47 S. 52; Planck a. a. O. S. 809; Staudinger a. a. O. S. 1218.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Frage nach der Zeit der Leistung. Das Gesetz spricht von einer Leistung, die auf Grund des Spiels oder der Wette erfolgt. Zweifelhaft kann nun sein, ob hierunter auch eine Leistung fällt, die zwar aus Anlaß des Spielvertrags, aber noch vor der Entscheidung des Spiels gemacht wurde.

M. E. ist es gleichgültig, ob die Leistung vor oder nach der Entscheidung des Spiels oder der Wette erfolgt.[3]) Vielfach ist eine Leistung vor der Entscheidung sogar praktisch und allgemein üblich, wie etwa bei Lotterie- oder Ausspielverträgen oder bei Rennwetten, überhaupt in allen Fällen, bei denen sich eine unbestimmte Anzahl durch keine Beziehungen miteinander verbundener Personen am Spiel beteiligen. Eine Rückforderung des einmal einbezahlten Betrags ist hier keinesfalls anzuerkennen.

Soweit in den übrigen Fällen eine Leistung nach Abschluß des obligatorischen Vertrags, aber noch vor der Entscheidung unter der Bedingung des Gewinns, sei es durch Übereignung selbst, sei es durch Übertragung oder Erlaß einer Forderung, erfolgt, besteht nicht, wie verschiedenfach angenommen wird, die Befürchtung, daß die Vorschrift des § 762 dadurch umgangen werde. Eine derartige bedingte Leistung wird überhaupt, schon deshalb, weil die Höhe des Verlustes vor der Entscheidung vielfach gar nicht feststeht, nicht gerade häufig vorkommen.[4]) Außerdem aber ist darin eine freiwillige Erfüllung zu erblicken, während das Gesetz lediglich die nachträgliche Erzwingbarkeit der Leistung ausschließen will.

Einer besonderen Erwähnung bedarf es hierbei noch, wenn bei einem Spiel oder einer Wette eine Tätigkeit, sei es des einen oder des andern oder auch beider Teile, erforderlich ist. Verweigert der Leistungsempfänger die von ihm geforderte Tätigkeit, so ist selbstverständlich ein Rückforderungsrecht des Geleisteten nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung gegeben. Ist andererseits zur Herbeiführung einer Entscheidung eine Tätigkeit dessen, der bereits geleistet hat, erforderlich, so ist zu bedenken, daß bei der Unverbindlichkeit des Spiels ein rechtlicher Zwang zur Vornahme einer Spiel- oder Wettätigkeit ausgeschlossen ist. Wenn nun aber eine rechtliche Verpflichtung dazu nicht besteht, so kann man auch nicht ohne weiteres behaupten, daß eine Partei, welche die ihr gebührende Tätigkeit nicht vor-

---

[3]) So Mot. a. a. O. S. 645; Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 579; Fischer-Henle a. a. O. zu § 762 Anm. 4; and. M. Crome a. a. O. Bd. 2 S. 833; Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 142; Mengel a. a. O. S. 64; Monke a. a. O. S. 55.

[4]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 825.

nimmt, die Herbeiführung der Entscheidung und somit den Eintritt der Bedingung, unter der die Leistung erfolgt ist, wider Treu und Glauben verhindert hat, und die Bedingung gemäß § 162 BGB. als eingetreten gelten lassen.[5]) Es dürfte daher in der Regel auch hier eine Rückforderung des Geleisteten begründet sein. Sobald jedoch die erforderliche Tätigkeit bewirkt ist, hängt es lediglich von der Entscheidung ab, ob der Empfänger der Leistung diese behalten darf oder nicht.

Zweifelhaft kann es sein, wie es zu halten ist, wenn die Spieler einen bestimmten Betrag als Einsatz, wie dies z. B. vielfach beim Doppelkopfspiel üblich ist, auf die Mitte des Spieltischs niederlegen. Man wird nicht fehlgehen, wenn man dem Einsatz eine rechtliche Bedeutung überhaupt nicht beilegt, sondern darin nur eine verabredete Spielform erblickt.[6]) Er ist deshalb, selbst nach der Entscheidung des Spiels, frei rücknehmbar. Eine Leistung dürfte erst dann anzunehmen sein, wenn der Verlierer die Wegnahme durch den Gewinner geduldet hat.[7])

Als Leistung ist an sich auch eine Hinterlegung des Spielgewinns anzusehen. Nur ist zu beachten, daß es dem Hinterlegenden jederzeit freisteht, den hinterlegten Betrag zurückzunehmen und dadurch den Akt der Leistung wieder rückgängig zu machen.[8])

Anders liegt der Fall, wenn der Hinterlegende auf die Rücknahme verzichtet. Abgesehen davon, daß dieser Fall nur selten vorkommen dürfte, wird man hier mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 378 BGB. ein Rückforderungsrecht nicht annehmen können.[9]) Der hinterlegte Betrag wird vielmehr als eine auf Grund des Spiels und der Wette erfolgte Leistung zu gelten haben und dementsprechend zu behandeln sein.

---

[5]) So Planck a. a. O. S. 810; and. M. Oertmann a. a. O. S. 825; Gompertz a. a. O. S. 45; vgl. hierzu auch Mengel a. a. O. S. 65; Mot. a. a. O. S. 645.

[6]) Crome a. a. O. Bd. 2 S. 833; Mengel a. a. O. S. 65.

[7]) Mengel a. a. O. S. 66; Monke a. a. O. S. 54; vgl. auch Planck a. a. O. S. 809; and. M. Gompertz a. a. O. S. 43.

[8]) vgl. Planck a. a. O. S. 809; Staudinger a. a. O. S. 1221; Oertmann a. a. O. S. 825; Mot. a. a. O. S. 645; Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 142; Mengel a. a. O. S. 64; Gompertz a. a. O. S. 43; Bode a. a. O. S. 24; Monke a. a. O. S. 54.

[9]) And. M. Mengel a. a. O. S. 64; Monke S. 55.

§ 12.

Gleichbehandlung von Spiel und Wette mit anderen Verträgen.

Das Gesetz will auch bei Spiel und Wette ein Rückforderungsrecht nicht grundsätzlich ausschließen, sondern nur dann, wenn der Anspruch auf Rückgabe der Leistung gegründet wird auf die Unverbindlichkeit des Spiel- oder Wettvertrags als solchen. Es kommen vielmehr auch hier die allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte zur Anwendung, und ein Rückforderungsrecht muß dann zuerkannt werden, wenn der Spiel- oder Wettvertrag selbst nichtig ist. Insbesondere ist dies dann der Fall, wenn er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 134 BGB.). Derartige Verbote, die sich auf Spielverträge beziehen, finden wir hauptsächlich im Strafgesetzbuch. Dabei ist jedoch zu beachten, daß durchaus nicht jede Strafbestimmung über Spiele auch deren privatrechtliche Wirkungslosigkeit zur Folge hat. Denn die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts tritt nach § 134 BGB. nur ein, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“. Sonach ist aus dem gesamten Inhalt und dem Zweck einer gesetzlichen Bestimmung zu ersehen, ob sie auch eine zivilrechtliche Wirkungslosigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich ziehen will.

Das Strafgesetzbuch stellt vor allem das gewerbsmäßige Glücksspiel unter Strafe. Nicht das Glücksspiel an sich ist verboten, sondern nur der macht sich strafbar, wer das Spiel dazu benutzt, um sich ganz oder auch nur teilweise aus dem Spielgewinn seinen Lebensunterhalt zu verschaffen. Der hier in Frage kommende § 284 StGB. lautet:

> „Wer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe von dreihundert bis zu sechstausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann. Ist der Verurteilte ein Ausländer, so ist die Landespolizeibehörde befugt, denselben aus dem Bundesgebiete zu verweisen“.

Schon daraus, daß auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, geht zur Genüge hervor, daß das gewerbsmäßige Glücksspiel als etwas Unmoralisches und Verwerfliches zu betrachten und als solches zu bekämpfen ist, und es wäre daher ein Widerspruch, wollte man den Vertrag zivilrechtlich als gültig behandeln.

Eine weitere strafrechtliche Bestimmung über das Glücksspiel enthält § 360 Ziff. 14 StGB.:

> „Mit Geldstrafe bis zu einhundertundfünfzig Mark oder mit Haft wird bestraft, wer unbefugt auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze oder in einem öffentlichen Versammlungsorte Glücksspiele hält".

In diesem Falle wird die Strafbarkeit lediglich geknüpft an das Fehlen einer polizeilichen Genehmigung. Der Spielhalter erhält eine Ordnungsstrafe dafür, daß er die polizeiliche Erlaubnis nicht eingeholt hat. Eine derartige rein polizeiliche Vorschrift will die privatrechtliche Wirksamkeit des Spieles nicht berühren.[1])

Ebensowenig Einfluß auf die zivilrechtliche Gültigkeit hat die Vorschrift des § 285 StGB.:

> „Der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsortes, welcher Glücksspiele daselbst gestattet oder zur Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft".

Das Glücksspiel als solches wird durch diese Bestimmung nicht betroffen. Dieses soll vielmehr nur nicht an öffentlichen Versammlungsorten und daher namentlich nicht in Wirtshäusern betrieben werden. Wird trotzdem gespielt, so trifft den Wirt dafür die Verantwortung. Lediglich an ihn richtet sich das Verbot.

Ein weiterer Fall der Nichtigkeit ist gegeben, wenn der Spielvertrag gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 BGB.). Diese Bestimmung ist äußerst dehnbar, und der Richter hat das freieste Ermessen, zumal da die Anschauungen darüber, wann ein Spiel gegen die guten Sitten verstößt, weit auseinandergehen. Manche betrachten schon das Spiel um Geld oder wenigstens das Glücksspiel als etwas Unsittliches. Auf diesem Standpunkt steht jedoch, wie aus der Fassung des § 762 BGB. in Verb. mit § 284 StGB. zu ersehen ist, das Gesetz nicht. Insoweit ist natürlich auch dem freien richterlichen Ermessen eine Schranke gesetzt. Ein Spiel wird man namentlich dann als unsittlich bezeichnen, wenn jemand unter Ausbeutung des Leichtsinns oder der Spielleidenschaft eines andern sich auf dessen Kosten mühelos zu bereichern sucht. Unsittlich würde unter Umständen ein Spiel auch dann sein, wenn die Gewinnaussichten auf beiden

---

[1]) vgl. hierüber Staudinger a. a. O. S. 1221; Crome a. a. O. Bd. 2 S. 832; Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 580; Mengel a. a. O. S. 69; Monke a. a. O. S. 48.

Seiten ungleichmäßig verteilt sind und dadurch eine Übervorteilung der einen oder andern Partei hervorgerufen würde. Es ist Sache des Richters, im einzelnen Falle das Richtige zu treffen.

Gar nicht so selten werden Wetten abgeschlossen, welche gegen die guten Sitten verstoßen. Namentlich werden davon solche Wetten betroffen, bei denen die Herbeiführung des Erfolgs nur durch eine strafbare oder unsittliche Handlung möglich ist, wie etwa durch einen Ehebruch, durch Verführung einer Frauensperson oder wie so oft durch unmäßiges Trinken. Auch wenn jemand sein ganzes Vermögen als Wettsumme verspräche, würde der andere durch Annahme einer derartigen Leistung entschieden gegen die guten Sitten verstoßen. Eine Wette, die in dieser Weise zur Herbeiführung oder Förderung eines unsittlichen Erfolgs dient, wird daher immer nichtig sein.

Zuweilen ist ein Spiel oder eine Wette an sich gültig, wird aber durch die Willenserklärung der einen Partei als von vornherein nichtig angesehen. Es sind dies die Fälle der Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen Irrtums, Drohung und arglistiger Täuschung. Darunter fällt namentlich das Spiel mit gezeichneten Karten, mit falschen Würfeln, überhaupt das Falschspiel.

Die Motive behandeln die Frage über die Unredlichkeit beim fortgesetzten Spiel.[2]) Auch hier ist eine feste Regel nicht aufzustellen, sondern es kommt lediglich auf den einzelnen Fall an. Sobald sich jemand — etwa durch gezeichnete Karten — die Möglichkeit gewahrt hat, den andern bei günstiger Gelegenheit zu übervorteilen, verletzt er bei jedem einzelnen Spiel die Spielregeln und täuscht den andern, solange er überhaupt mit ihm spielt. Er wird absichtlich nicht alle Spiele gewinnen, um dem andern seinen Betrug nicht merken zu lassen, sondern nur die Spiele, die ihm für seinen Zweck als besonders geeignet erscheinen. Man darf deshalb in diesem Falle nicht dem Betrüger die Möglichkeit offen lassen, zu beweisen, daß er in einigen Spielen nicht betrogen,[3]) geschweige denn vom andern Teil den Nachweis dafür verlangen, daß wirklich bei allen Spielen eine Unredlichkeit stattgefunden hat.[4]) Ebensowenig ist natürlich ein Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Unredlichkeit und dem Verluste bei den einzelnen Spielen erforderlich.[5]) Wird andererseits durch die besondere Art der

[2]) Mot. a. a. O. S. 646; vgl. auch Staudinger a. a. O. S. 1221.
[3]) So Mengel a. a. O. S. 72.
[4]) Mot. a. a. O. S. 646; vgl. Monke a. a. O. S. 51.
[5]) Mot. a. a. O. S. 646.

Unredlichkeit nur ein einzelnes Spiel betroffen, so wird nur dieses eine Spiel davon berührt. Wenn demnach ein Mitspieler während des Spiels den andern ertappt, daß er ihm in die Karten sieht, so darf er nicht deshalb auch die übrigen Spiele für ungültig erklären, weil hiernach anzunehmen wäre, daß der andere ihm bei jedem Spiele in die Karten gesehen hat.

Eine schon in der gemeinrechtlichen Doktrin äußerst bestrittene Frage ist die sogen. Wette à coup sûr, d. h. eine Wette, bei der der eine Teil bei Schließung des Vertrags Gewißheit über seine Behauptung hat und dies dem andern verschweigt, wenn er beispielsweise eine Tatsache kurz vorher in einem Buch gelesen hat und davon dem andern keine Mitteilung macht. Nach den Motiven wurde hierüber keine Vorschrift aufgenommen, weil sich dies aus dem einzelnen Fall ergebe. Im allgemeinen läßt sich sagen, daß in dem Verschweigen der Tatsache, daß man genau unterrichtet ist, noch keine Unredlichkeit gefunden werden kann. Denn der andere behauptet ja auch, seiner Sache sicher zu sein, und woher jemand seine Wissenschaft nimmt, braucht er dem andern nicht mitzuteilen. Etwas anderes ist es, wenn sich jemand den Anschein gibt, eine Sache nicht genau zu wissen, sich aber vorher darüber vergewissert hat und nun das Gespräch darauf bringt, um den andern auf diese Weise zum Abschluß einer Wette zu bewegen.[6])

Es unterliegt sonach auch hier der richterlichen Prüfung, wann eine betrügerische Wette anzunehmen ist. Namentlich hat dies auch dann zu gelten, wenn jemand eine Wette eingeht, ohne zu merken, daß der andere Teil seinen Worten eine Bedeutung beilegt, die vom allgemeinen Sprachgebrauch abweicht oder im Verkehr nicht üblich ist. Man bezeichnet diese Fälle als zweideutige Wetten.[7])

Zu einem Spiel- oder Wettvertrag gehört, wie zu jedem anderen Rechtsgeschäft, als erste Voraussetzung, daß die Parteien geschäftsfähig sind. Ein Spiel- oder Wettvertrag, den ein Geschäftsunfähiger schließt, ist nichtig. Für Minderjährige über sieben Jahre sowie für Personen, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt sind, ist die Vornahme einer Leistung auf Grund eines Spiel- oder Wettvertrags nur dann gültig, wenn die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bei Abschluß des Vertrags vorlag oder wenigstens nachträglich erfolgt ist. Von Anfang an wirksam ist die ohne eine solche

---

[6]) vgl. S. 32 dieser Arbeit.

[7]) vgl. Glück a. a. O. S. 354; Heimbach a. a. O. Bd. 10 S. 419; Krügelstein a. a. O. S. 33; Mengel a. a. O. S. 73; Monke a. a. O. S. 52.

Genehmigung erfolgte Leistung eines beschränkt Geschäftsfähigen nur dann, wenn sie mit Mitteln bewirkt wird, die ihm zur freien Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind (§ 110 BGB.). Wenn demnach ein Minderjähriger, der älter als sieben Jahre ist, von seinem ihm zur freien Verfügung überlassenen Taschengeld eine Spielschuld bezahlt, so kann das Geleistete nicht wegen mangelnder Verpflichtungsfähigkeit zurückgefordert werden.

Alle diese Fälle der Nichtigkeit haben für Spiel und Wette lediglich für die Frage des Rückforderungsrechts Bedeutung. Der Empfänger der Leistung ist nämlich, da ein wirksames Rechtsgeschäft nicht zustande gekommen ist, ungerechtfertigt bereichert und ist infolgedessen dem anderen Teil gemäß §§ 812, 817 BGB. zur Herausgabe des Gewinns verpflichtet.

Soweit die Nichtigkeit des Vertrags ihren Grund hat in einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, ist ein Rückforderungsrecht des Geleisteten dann nicht gegeben, wenn dem Leistenden ebenfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt.[8]) Wer daher einem gewerbsmäßigen Spieler in die Hände fällt, kann seinen Verlust von diesem zurückverlangen. Hat er jedoch seine Spielschuld gezahlt, obwohl ihm bekannt war, daß der andere gewerbsmäßig spielte, so ist ihm dieser Anspruch zu versagen.

§ 13.

Die Ungültigkeit von Verbindlichkeiten zum Zwecke der Erfüllung von Spiel- oder Wettschulden.

Die Bestimmung des § 762 Abs. 1 BGB. könnte nun dadurch leicht umgangen werden, daß die verlierende Partei der gewinnenden gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, etwa einen Schuldschein oder einen Wechsel ausstellt oder vereinbart, daß die Schuld gemäß § 607 Abs. 2 als Darlehn geschuldet werde. Darum bestimmt § 762 Abs. 2:

> „Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis".

---

[8]) vgl. Gompertz a. a. O. S. 36.

Diese Bestimmung hat ihre besondere Bedeutung im Prozeß. Wenn die Spiel- oder Wettschuld ihrer äußeren Form entkleidet und in eine abstrakte Verbindlichkeit umgewandelt ist, so wird ihre wahre Natur den Augen des Richters entzogen. Trotzdem ist es unrichtig, wenn behauptet wird, daß demjenigen, welcher über die Spiel- oder Wettschuld ein Anerkenntnis erteilt hat, lediglich eine Einrede zusteht[1]) — wie es allerdings nach dem 1. Entw. des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Fall war —, daß demnach der Umstand, daß es sich um eine Spiel- oder Wettschuld handelt, nur zu berücksichtigen wäre, wenn dies vom Beklagten ausdrücklich vorgebracht wird. Auch in Form eines Schuldanerkentnisses begründen Spiel und Wette überhaupt keine Verbindlichkeit, und der Richter hat auch hier, wenn sich ergibt, daß dem Anerkenntnis eine unverbindliche Schuld zugrunde liegt, die Klage von Amts wegen abzuweisen.

Ein derart abstraktes Schuldversprechen als Deckmantel einer Spiel- oder Wettschuld behält jedoch dann seine Wirkung, wenn es in die Hände gutgläubiger Dritter gelangt. Denn dadurch wird der Verlierer nicht mehr dem Gewinner verpflichtet, sondern einem Dritten, demgegenüber ihm der Spieleinwand abgeschnitten ist. Da nun dadurch der Verlierer doch mittelbar zur Bezahlung der Spielschuld gezwungen wäre, so wurde bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Reichstagskommission ein dahingehender Antrag eingebracht, daß in einem solchen Falle dem Verlierer gegen den Gewinner ein Anspruch auf Befreiung von der übernommenen Verbindlichkeit gegeben werde.[2]) Dieser Antrag ist nicht Gesetz geworden. Man hat zwar zugegeben, daß die Vorschriften des § 762 BGB. dadurch allerdings umgangen werden könnten, andererseits aber mit Recht geltend gemacht, daß der gemachte Vorschlag der Zweckbestimmung der gesetzlichen Regelung von Spiel und Wette nicht entspräche, da hierbei der Gedanke des § 762 Satz 1 zu einseitig betont, der ebenso wesentliche Gedanke des § 762 Satz 2 aber nicht hinreichend beachtet werde. Man muß daher die Verpflichtung, an einen Dritten zu leisten, in diesem Falle als eine mittelbare Leistung an den Gewinner ansehen. Allerdings ist diesem gegenüber ein Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung so lange gegeben, als sich der Schuldschein in seinen Händen befindet.

---

[1]) vgl. Mot. a. a. O. S. 645; Prot. a. a. O. S. 3174 ff.; Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 1172 Anm. 8; Mengel a. a. O. S. 66; Monke a. a. O. S. 57; Gompertz a. a. O. S. 47.

[2]) Prot. a. a. O. S. 3179 ff.

Bei der Eingehung der Verbindlichkeit kommt es sonach darauf an, ob sich der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung der Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Teil oder einem Dritten gegenüber verpflichtet. Im ersten Falle ist die Eingehung der Verbindlichkeit nach § 762 BGB. unwirksam, im anderen Falle liegt ein bindender Vertrag vor. Nimmt demnach der Verlierer eine Anweisung gegenüber einem Dritten an, wodurch er eine Schuld des Gewinners übernimmt, so ist er daraus rechtswirksam verpflichtet.[3]) Weist er jedoch selbst einen Dritten an, dem Gewinner zu leisten, gibt er also etwa dem Gewinner einen Scheck mit der Weisung, diesen bei seinem Bankier einzulösen, so kann er, da Anweisung keine Zahlung ist, diese gemäß § 790 BGB. dem Angewiesenen gegenüber widerrufen, solange nicht dieser sie dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen oder die Leistung bewirkt hat.

Einige Schwierigkeiten bereitet die Frage, wie es zu halten ist, wenn bei einem Kontokorrentvertrag Spiel- oder Wettschulden zu verrechnen sind. Dieser Fall wird besonders praktisch bei Börsentermingeschäften, soweit diese nach der Bestimmung des Börsengesetzes als Spiele anzusehen sind, eine Frage, mit der sich das Reichsgericht wiederholt beschäftigt hat. Der Kontokorrentvertrag ist ein Fall der vertragsmäßigen Aufrechnung. Da nun Spielschulden vertragsmäßig aufgerechnet werden können, so ist auch ein Kontokorrentvertrag, bei dem auf der Debetseite Spielschulden enthalten sind, ein vollwirksamer Vertrag. Mit der Anerkennung des Saldos ist sonach die Aufrechnung vollzogen, und damit sind die einzelnen Posten auf beiden Seiten getilgt. Zugleich aber ist in dieser Anerkennung des Kontokorrentsaldos ein Schuldanerkenntnis nach § 782 BGB. enthalten, und dafür greifen die Vorschriften des § 762 Abs. 2 BGB. ein. Insoweit der Saldo demnach Spielschulden enthält, ist er unwirksam.

Besteht nun das Passivkonto teils aus Spielschulden, teils aus vollgültigen Verbindlichkeiten, so kann man darüber im Zweifel sein, ob und inwieweit dem Saldo Klagbarkeit beigemessen werden darf. Die Annahme, daß bei der Aufrechnung zunächst nur die klagbaren Posten verwendet worden sind, und daß daher der Saldo im Zweifel sich aus den noch übrigbleibenden Spielschulden zusammensetzt, erscheint willkürlich. Dasselbe hat zu gelten, wollte man umgekehrt verfahren und die Spielschulden durch die Aufrechnung als getilgt ansehen, um so an

---

[3]) Staudinger a. a. O. S. 1222; Mengel a. a. O. S. 63; Monke a. a. O. S. 66; Gompertz a. a. O. S. 47.

der Gültigkeit des Saldos nach Möglichkeit festzuhalten. Das Richtige erscheint eine mittlere Meinung, die dahin geht, daß der Saldo, wenn auf der Passivseite Spielschulden enthalten sind, teils aus klagbaren, teils aus unklagbaren Verbindlichkeiten besteht. In diesem Falle muß festgestellt werden, zu welchem Teile der Saldo Spielschulden enthält, soweit diese nicht bereits durch die Aufrechnung gegenstandslos geworden sind. Das Reichsgericht nimmt an, daß die Spielschulden nur verhältnismäßig als getilgt anzusehen sind, daß also der Aufrechnung nur so viele der Spielschulden unterliegen, als dem Verhältnis der gesamten Aktiven zu den gesamten Passiven entspricht, oder, wie Planck sich ausdrückt, daß „jede im Kontokorrent enthaltene Spielschuld zu dem Bruchteile getilgt ist, dessen Nenner der Gesamtbetrag der Passiven und dessen Zähler der Gesamtbetrag der Aktiven ist".[4]) Wenn also, um den Fall an einem Beispiel des Reichsgerichts zu erläutern, A Kontokorrentschuldner zu 100 000 Mk., wovon 60 000 Mk. als Spielschulden zu gelten haben, B Kontokorrentschuldner zu 50 000 Mk. ist, so beträgt der Passivsaldo 50 000 Mk. Die Gesamtheit der Aktiven verhält sich zur Gesamtheit der Passiven wie 1 : 2. Darnach ist die vollgültige Schuld des A zur Hälfte (= 20 000 Mk.) und die Spielschuld des A gleichfalls zur Hälfte (= 30 000 Mk.) als getilgt anzusehen. Nicht getilgt sind somit 30 000 Mk. Spielschulden und 20 000 Mk. andere Schulden, woraus sich der Saldo von 50 000 Mk. zusammensetzt. Für die 30 000 Mk. Spielschulden wird durch Anerkennung des Saldos keine Verbindlichkeit begründet, und es können daher von dem Kontokorrentsaldo nur 20 000 Mk. eingeklagt werden.

Das Reichsgericht stützt diese Berechnung auf §§ 396, 366 Abs. 2 BGB. Da in dem Anerkenntnis des Saldos keine Bestimmung liegt, welche Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden sollen, so werden Spielschulden und vollgültige Verbindlichkeiten verhältnismäßig verrechnet, und in demselben Verhältnis setzt sich der Saldo zusammen.

---

[4]) Planck a. a. O. S. 811; Staudinger a. a. O. S. 1219; Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 367; neuerdings auch Staub a. a. O. S. 1577 Anm. 18; vgl. Oertmann a. a. O. S. 827; Entsch. d. RG. in Zivils. in JurW. 1898 S. 308, 1903 S. 35; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 56 S. 23, Bd. 59 S. 192.

§ 14.

Die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit zur Erfüllung von Spiel- oder Wettschulden.

Eine abstrakte Verbindlichkeit zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld wird besonders häufig eingegangen werden durch Ausstellung, Begebung oder Annahme eines Wechsels. Infolge der formalen und zwingenden Natur des Wechselrechts kann es oft zweifelhaft erscheinen, in welchem Verhältnis diese Vorschriften zu der Regel von der Unklagbarkeit der Spiel- und Wettverträge stehen. Gegen den Gewinner steht dem Verlierer ja stets, auch beim Wechsel, der Spieleinwand offen. Sobald aber der Wechsel in die Hände eines gutgläubigen Dritten gelangt, ist diesem gegenüber der Verlierer nach Wechselrecht verpflichtet. Er muß zahlen, auch wenn es sich um eine Spiel- oder Wettschuld handelt. Denn nach § 82 WO. kann sich der Wechselschuldner nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.

Es kann nun vorkommen, daß der Verlierer mit dem Gewinner vereinbart, der Wechsel solle nur zur Sicherheit dienen. Eine Weiterbegebung würde in diesem Falle unstatthaft sein und einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Gewinner zur Folge haben. In der Regel dient jedoch der Wechsel nicht zur Sicherheit, sondern zur Erfüllung einer Schuld. Diese wird dadurch allein noch nicht getilgt, denn die Hingabe eines Wechsels erfolgt, wie aus § 364 Abs. 2 BGB. hervorgeht, im Zweifel nur erfüllungshalber, nicht an Erfüllungsstatt. Der Gläubiger wird durch die Begebung des Wechsels nur ermächtigt, diesen zu realisieren, und sich auf diese Weise bezahlt zu machen.

Bei der Eingehung einer Wechselverbindlichkeit für eine Spiel- oder Wettschuld ist davon auszugehen, daß in den meisten Fällen der Verlierer, sei es als Aussteller, sei es als Akzeptant oder als Indossant, die wechselmäßige Haftung für die Einlösung des Wechsels übernimmt. Da aber der Spielschuldner infolge dieser seiner Haftung nach Wechselrecht damit dem Gewinner gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, so bestimmt sich das Verhältnis zwischen Geber und Nehmer nach § 762 Abs. 2 BGB., und es wird zwischen ihnen eine Wechselverbindlichkeit nicht begründet. Der Wechsel unterliegt vielmehr der Rückforderung, und dem Verlierer ist es gestattet, eine Weiterbegebung zu ver-

bieten.[1]) Wird der Wechsel trotzdem weiterbegeben, so steht dem Verlierer dem Gewinner gegenüber ein Bereicherungsanspruch, unter Umständen sogar ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB. zu. War jedoch der Verlierer zur Zeit der Weiterbegebung des Wechsels damit einverstanden und hat der Gewinner die Wechselvaluta erhalten, so ist er für seine Forderung aus dem Spiel- oder Wettvertrag befriedigt.

Nun ist aber möglich, daß der Gewinner, der den Wechsel weiter indossiert hat, später im Wege des Regresses als Wechselverpflichteter aus dem Wechsel belangt wird. Es entsteht hier die Frage, ob er auch seinerseits einen Regreßanspruch gegen den Verlierer hat, oder ob ihm dieser den Spieleinwand entgegensetzen darf. Nach Ansicht des Reichsgerichts ist eine Erfüllung der Spielschuld erst dann anzunehmen, wenn feststeht, daß der Gläubiger die Wechselvaluta definitiv behalten darf.[2]) Es wäre demnach ein Regreßanspruch des Gewinners gegen den Verlierer ausgeschlossen, da letzterer durch die Übereignung des Wechsels dem Gewinner gegenüber eine Verbindlichkeit eingegangen ist und ihm daher der Spieleinwand auch jetzt noch offensteht.

Diese Auffassung erscheint m. E. nicht begründet. Denn wenn der Verlierer damit einverstanden ist, daß ein Dritter dem Gewinner die Wechselvaluta zahlt, so bedient er sich dessen nur als Mittel zur Erfüllung seiner eignen Spielschuld. Eine derartige Befriedigung des Spielgläubigers steht somit einer unmittelbaren Zahlung des Verlierers an den Gewinner gleich, so daß ein Rückforderungsrecht nach § 762 Satz 2 ausgeschlossen ist.[3]) Demzufolge muß man dem Gewinner, wenn er später im Regreßwege belangt wird, auch seinerseits gegebenenfalls einen Regreßanspruch gegen den Verlierer zubilligen. Dieser Anspruch beruht nun nicht mehr auf der Spiel- oder Wettschuld, sondern auf der Bestimmung des Wechselrechts, daß derjenige, gegen den Regreß genommen worden ist, auch seinerseits wieder gegen seinen Vormann regreßberechtigt ist. Die Einrede aus dem Spielvertrag ist bereits mit der erfolgten Valutierung des Wechsels erloschen. Da es ferner im Belieben des Wechselinhabers steht, gegen wen er seinen Regreß nehmen will, so kann er unter Umständen sowohl gegen den Verlierer wie auch gegen den Gewinner vorgehen, und es läge im letzten Grunde in seiner

---

[1]) Nissen a. a. O. S. 884; Staub a. a. O. S. 1581 Anm. 22; Planck a. a. O. S. 809; RG. in Zivils. Bd. 35 S. 196, Bd. 51 S. 359.

[2]) RG. in Zivils. Bd. 47 S. 48; Staub a. a. O. S. 1581 Anm. 22; Fischer-Henle a. a. O. zu § 364 Anm. 3.

[3]) So auch Nissen a. a. O. S. 886; Düringer-Hachenburg a. a. O. Bd. 3 S. 202; Planck a. a. O. S. 810.

Hand, ob der Gewinner die Wechselvaluta definitiv behalten darf, ob also auf Grund des Spieles geleistet ist oder nicht.

Im allgemeinen steht es den Parteien frei, zu vereinbaren, daß ein Wechsel auch an Erfüllungsstatt gegeben werde. Die Schuld ist dann mit der Übereignung an den Gläubiger getilgt, ohne Rücksicht darauf, ob dieser dafür tatsächlich etwas bekommt oder nicht. Eine derartige Vereinbarung ist natürlich auch möglich, wenn ein Wechsel für eine Spiel- oder Wettschuld gegeben wird. Da aber der Aussteller, Akzeptant oder Indossant zugleich wechselmäßig verpflichtet wird, so liegt auch hier eine Eingehung einer Verbindlichkeit vor. Die Übernahme eines Wechsels an den Gewinner von seiten des Spielschuldners ist deshalb, auch wenn sie an Erfüllungsstatt erfolgt, noch keine Leistung, und solange der Gewinner den Wechsel nicht weiterbegeben hat, unterliegt dieser auch in diesem Falle der Rückforderung.[4])

Zuweilen kommt es vor, daß dem Verlierer, der dem Gewinner zur Bezahlung seiner Spiel- oder Wettschuld einen Wechsel übergibt, daraus überhaupt keine Haftung erwächst. Ist nämlich der Verlierer auf dem Wechsel nirgends verzeichnet, oder ist seine Haftung, soweit dies wechselrechtlich zulässig, ausdrücklich ausgeschlossen, so kann darin auch keine dem gewinnenden Teile gegenüber eingegangene Verbindlichkeit erblickt werden. Der Verlierer hat demnach in diesem Falle mit der Übereignung des Wechsels eine Leistung vorgenommen, die der Rückforderung nicht unterliegt.

§ 15.

Das Darlehn zu Spiel- oder Wettzwecken.

Das Bürgerliche Gesetzbuch trifft keine Bestimmung darüber, ob ein zu Spiel- oder Wettzwecken gegebenes Darlehn der Klagbarkeit entbehre oder nicht. Frühere Gesetzbücher, vor allem das preuß. Landrecht,[1]) hatten diese Frage meist dahin entschieden, daß Gelder, die ausdrücklich zu Spiel- oder Wettzwecken geliehen worden sind, nicht eingeklagt werden konnten. Es wurden daher auch unter dem Einfluß der damaligen Gesetzes-

[4]) Planck a. a. O. S. 809; Staub a. a. O. S. 1581 Anm. 22; RG. in Zivils. Bd. 35 S. 197, Bd. 51 S. 159; RG. in DJZ. 1903 S. 526; and. M. früher das RG.; vgl. RG. im Bankarchiv Bd. 5 S. 84.

[1]) Preuß. ALR. I Tit. 11 § 581: „Gelder, die ausdrücklich zum Spielen oder Wetten oder zur Bezahlung des dabei gemachten Verlustes verlangt und geliehen worden, können nicht gerichtlich eingeklagt werden".

werke bei Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Reichstagskommission verschiedene Anträge eingebracht, die alle mit mehr oder weniger Modifikationen dahin zielten, bei einem zu Spiel- oder Wettzwecken bestimmten Darlehn die Klagbarkeit auszuschließen.[2]) Zur Begründung dafür wurde hauptsächlich geltend gemacht, daß, wenn beim Spiel selbst wegen seiner schweren wirtschaftlichen und sittlichen Gefahren die Klagbarkeit ausgeschlossen sei, demzufolge das zum Zwecke des Spiels gegebene Darlehn ebenso behandelt werden müsse, weil dadurch das Spiel erst ermöglicht und befördert werde.

Keiner der gestellten Anträge hat indes die erforderliche Mehrheit gefunden, und so kam es, daß eine dementsprechende Vorschrift in das Bürgerliche Gesetzbuch keine Aufnahme fand. Trotzdem wird von manchen Seiten behauptet, daß ein Darlehn zum Zwecke des Spiels selbst unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Klagbarkeit entbehre, da ein Darlehn, welches zur Ermöglichung des Spiels diene, gegen die guten Sitten verstoße. Denn eine Förderung des Spiels sei immer, wenn das Spiel selbst auch erlaubt sei, als etwas Verwerfliches anzusehen.[3]) Man geht dabei so weit, daß man denjenigen, der durch Hingabe eines Darlehns das Spiel ermöglicht, mit dem Gehilfen eines Brandstifters vergleicht.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Vor allem ist zu betonen, daß das Spiel nicht als etwas Unsittliches anzusehen ist, und daß deshalb auch ein Darlehn, welches dazu bestimmt ist, ein vom Gesetz erlaubtes Spiel zu ermöglichen, keineswegs gegen die guten Sitten verstößt; der Grundsatz aber, daß dem Spielvertrag eine rechtliche Bedeutung nicht beigemessen wird, darf nicht ohne weiteres auf das der Förderung desselben dienende Darlehn ausgedehnt werden. Denn diese beiden Rechtsgeschäfte haben nicht das mindeste miteinander zu tun. Das Rückforderungsrecht stützt sich hier lediglich auf den Darlehnsvertrag.[4]) Zu welchem Zweck jemand einem anderen Geld borgt, fragt im allgemeinen die Rechtsordnung nicht, und es ist vielfach dem Darlehnsgeber gleichgültig, wie der andere das ihm geborgte Geld verwendet. Ja selbst wenn jemand einem anderen ein Darlehn ausdrücklich mit der Bestimmung gibt, damit dieser davon seine Spielschulden bezahle, so ist darin in keiner Weise etwas Anstößiges oder gar Unsittliches zu erblicken. Er rettet

---

[2]) Prot. a. a. O. S. 3166ff.

[3]) vgl. darüber Mengel a. a. O. S. 74; Gompertz a. a. O. S. 51; ähnlich Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 143.

[4]) vgl. Prot. a. a. O. S. 3171.

vielleicht dadurch dessen wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung, und es wäre wenig wünschenswert, wenn ihm der Rechtsweg zur Rückforderung des Darlehns versagt wäre. Es wurde daher auch in den meisten Anträgen auf Ausschluß der Klagbarkeit des Spieldarlehns dieser Fall, nämlich die Darlehnshingabe für schon entstandene Spielschulden, ausdrücklich ausgenommen. Aber auch dann würde die Klaglosigkeit des Spieldarlehns dem Rechtsgefühl widersprechen, wenn der Empfänger dasselbe bestimmungsgemäß zum Spiel verwendet und damit gewinnt. Sollte er dann sowohl das gewonnene Geld wie auch das ihm gegebene Darlehn für sich behalten dürfen? — Es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, daß ein Darlehn zu Spielzwecken wie jedes andere Darlehn zu behandeln ist.[5])

Nun ist nicht zu verkennen, daß es tatsächlich Fälle gibt, in denen infolge der Klagbarkeit des zu Spielzwecken gewährten Darlehns die Vorschriften des § 762 BGB. umgangen werden können. Um dies zu verhindern, sind die bereits erwähnten Anträge gestellt worden. Es wurde dabei aber verkannt, daß durch eine solche Regelung nur eine größere Rechtsunsicherheit Platz greifen würde. Denn es ist tatsächlich unmöglich, diejenigen Fälle des Spieldarlehns, welche mit der Spielschuld gleich zu behandeln sind, im einzelnen zu bestimmen und scharf abzugrenzen. Es würden sich vielmehr gerade dadurch die größten Härten ergeben.

Deshalb ist es mit Freuden zu begrüßen, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch eine derartige Bestimmung nicht enthalten ist, es vielmehr der richterlichen Würdigung überlassen bleibt, den rechten Weg zu finden. Von Fall zu Fall wird es sich ergeben, ob ein Rückforderungsrecht eines Spieldarlehns anzunehmen ist oder nicht.

Ausgeschlossen ist die Rückforderung eines solchen Darlehns vor allem, wenn der Darlehnsvertrag selbst als gegen die guten Sitten verstoßend nach § 138 BGB. nichtig ist, was namentlich dann der Fall ist, wenn das Darlehn wissentlich zur Ermöglichung oder Förderung eines verbotenen Spieles gegeben worden ist.[6]) Da in einem solchen Falle angenommen werden muß, daß sowohl der Darlehnsempfänger wie auch der Darlehnsgeber gegen die guten Sitten verstößt, so wird eine Rückforderung der Bereicherung trotz Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auf Grund von § 817 Satz 2

---

[5]) Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 579; Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 1173 Anm. 10; Mengel a. a. O. S. 74; Monke a. a. O. S. 68.

[6]) Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 1172; Mengel a. a. O. S. 74; Monke a. a. O. S. 68; Rechtspr. Bd. 1 S. 103.

ausgeschlossen sein.[7]) Das muß selbst dann angenommen werden, wenn der Darlehnsempfänger im Spiel gewonnen hat.

Wird das zu einem erlaubten Spiel gegebene Darlehn von einem der Mitspielenden gewährt und wird dieses Geld hierauf wieder an den Darlehnsgeber verloren, so geht die allgemeine Ansicht dahin, daß dann das Geld in der Regel nicht mit der Darlehnsklage zurückverlangt werden kann. Da der Darlehnsgeber das geliehene Geld bereits als Spielgewinn zurückerhalten hat, so handelt es sich hier in Wirklichkeit nur um eine kreditierte Spielschuld, und es finden darauf die Vorschriften des § 762 BGB. Anwendung.[8])

§ 16.

Auftrag und Vereinigung zu Spiel- oder Wettzwecken.

Mangels einer gesetzlichen Regelung können Zweifel darüber entstehen, wie ein Auftrag bezw. ein Dienstvertrag zu einem Spiel oder einer Wette rechtlich zu behandeln ist. Fast übereinstimmend wird angenommen, daß auf Ausführung eines solchen Auftrags keine Klage erhoben werden kann. Denn da durch Spiel und Wette keine Verbindlichkeit begründet wird, so kann auch niemand, wie schon öfter erwähnt, zur Vornahme des Spiels oder der Wette gezwungen werden. Es würde dem Zweck des Gesetzes widersprechen, wenn durch Eingehung eines Auftragsverhältnisses ein Zwang zu einer Spiel- oder Wetttätigkeit ausgeübt werden könnte.[1]) Wenn daher der Beauftragte den Spiel- oder Wettauftrag nicht ausführt, so kann, da er rechtlich dazu nicht verpflichtet ist, auch kein Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags geltend gemacht werden.[2])

Diese Gesichtspunkte treffen nicht mehr zu, wenn der Auftrag ausgeführt worden ist. Hat der Beauftragte im Spiel ge-

---

[7]) Planck a. a. O. S. 812; Monke a. a. O. S. 68; Gompertz a. a. O. S. 52; Rechtspr. Bd. 5 S. 103, Bd. 6 S. 448.

[8]) Mot. a. a. O. S. 646; Prot. a. a. O. S. 3173; Planck a. a. O. S. 812; Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 1173 Anm. 10; Mengel a. a. O. S. 75; Monke a. a. O. S. 69; Gompertz a. a. O. S. 54; Rechtspr. Bd. 5 S. 103, Bd. 8 S. 83, Bd. 51 S. 159.

[1]) Planck a. a. O. S. 812; Staudinger a. a. O. S. 1223; Crome a. a. O. Bd. 2 S. 834 Anm. 35; Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 142; Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 579; Endemann a. a. O. Bd. 1 S. 1173 Anm. 10; Staub a. a. O S. 1596 Anm. 79; Mengel a. a. O. S. 63; Monke a. a. O. S. 65; Rechtspr. Bd. 4 S. 232, Bd. 10 S. 187, Bd. 12 S. 94; and. M. Oertmann a. a. O. S. 828; Staub in DJZ. 1903 S. 19; vgl. Gompertz S. 55.

[2]) Planck a. a. O. S. 812; Staudinger a. a. O. S. 1223; Staub a. a. O. S. 1596 Anm. 79; Monke a. a. O. S. 65; Rechtspr. Bd. 14 S. 30.

wonnen, so muß er den Gewinn an seinen Auftraggeber abliefern, und dieser kann gegen ihn aus dem Auftragsverhältnis klagen. Sobald nämlich auf Grund des Spieles geleistet ist, gewinnt dasselbe insofern eine rechtliche Bedeutung, als ein Rückforderungsrecht des Geleisteten ausgeschlossen ist. Daß aber derjenige, der den Auftrag zum Spiel ausgeführt hat, das im Spiel Gewonnene behalten darf, läßt sich in keiner Weise rechtfertigen. Vielmehr muß das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte an den Auftraggeber nach § 667 BGB. zurückgezahlt werden. Diese Ansicht ist denn auch in der Literatur die herrschende und wird insbesondere durch den höchsten Gerichtshof vertreten[3]) Freilich muß auch ein wirkliches Auftragsverhältnis vorliegen. Wenn jemand einem andern zu irgendeinem bestimmten Zweck Geld gibt, dieser es aber zum Spiel verwendet und damit gewinnt, so hat derjenige, der das Geld gegeben hat, auf den damit erzielten Gewinn natürlich keinen Anspruch. In diesem Sinne entschied das Oberlandesgericht Dresden folgenden Fall[4]): Eine Ehefrau hatte ihrem Mann Geld zu einer Reise nach dem Süden gegeben. Dieser spielt in Monako, gewinnt 4000 Mk. und liefert dieses Geld seiner darüber natürlich hocherfreuten Ehefrau ab. Die Gläubiger des Mannes aber wollen sich diese unverhoffte Aussicht auf Befriedigung ihrer Forderungen nicht entgehen lassen und fechten diese Rechtshandlung an.

Das Oberlandesgericht Dresden erkannte die Anfechtung als berechtigt an, da der Gewinn dem Manne gehöre, der auf eigene Rechnung und im eigenen Namen gespielt habe. Anders würde, wie das Urteil ebenfalls mit Recht hervorhebt, zu entscheiden sein, wenn vorher vereinbart worden wäre, daß der Mann mit einem Teil des Reisegeldes an der Bank auf Rechnung seiner Frau spielen und das gewonnene Geld ihr aushändigen solle.

Höchst zweifelhaft und bestritten ist nun aber die Frage, ob im Falle einer Spiel- oder Wettschuld der Beauftragte einen Erstattungsanspruch seiner Aufwendungen nach § 670 BGB. hat, d. h. ob derjenige, der im Auftrag eines anderen auf dessen Rechnung spielt, das von ihm verlegte Geld von seinem Auftraggeber zurückverlangen kann.

---

[3]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 40 S. 256, Bd. 47 S. 258, Bd. 51 S. 159, Bd. 58 S. 280; Rechtspr. Bd. 4 S. 232, Bd. 12 S. 275; Planck a. a. O. S. 812; Staudinger a. a. O. S. 1223; Oertmann a. a. O. S. 828; Staub a. a. O. S. 1596 Anm. 79; Crome a. a. O. Bd. 2 S. 834; Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 142; Bode a. a. O. S. 24; Gompertz a. a. O. S. 56; Monke a. a. O. S. 66; Mengel a. a. O. S. 63.

[4]) Rechtspr. Bd. 12 S. 275.

Anerkannt ist, daß ein Auftrag zur Bezahlung einer bereits entstandenen Spielschuld klagbar ist.[5]) Handelt es sich aber um einen Auftrag zur Vornahme eines Spiels oder einer Wette und hat der Beauftragte diesen ausgeführt, so wird ihm ein Erstattungsanspruch nach der herrschenden Meinung und namentlich nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht zugebilligt.[6])

Gestützt wird diese Ansicht darauf, daß derjenige, welcher einen andern für sich spielen und die Einsätze auslegen läßt, lediglich auf Borg spiele. Es ist demnach das Interesse des Auftraggebers dem eines Spielers gleichartig, und die entstandene Schuld ist daher einer Spielschuld gleichzuachten.

Diese Auffassung ist in der Literatur und besonders in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte nicht unwidersprochen geblieben, und zwar namentlich deswegen, weil hierbei das Interesse des Auftraggebers zu einseitig betont, das des Beauftragten aber überhaupt nicht berücksichtigt wird. Letzterer übernimmt bei dem Spielvertrag überhaupt kein Wagnis. Er handelt vielmehr nur kraft des Auftrags, und die Zweckbestimmung des § 762 BGB. kommt für ihn überhaupt nicht in Betracht. Es kann keinesfalls als billig bezeichnet werden, daß der Beauftragte zwar verpflichtet ist, das Gewonnene an den Auftraggeber herauszugeben, im Falle des Verlustes aber durch Geltendmachung des Spieleinwands von seiten des Auftraggebers seines Erstattungsanspruchs verlustig geht. In beiden Fällen ist der Auftrag erfüllt, und es ist darum eine ungleichartige Behandlung unstatthaft.

Auch der Einwand, daß in der Zulassung des Erstattungsanspruchs eine Umgehung des § 762 BGB. liege, ist nicht stichhaltig. Wenn jemand einen andern beauftragt, für ihn zu spielen, so muß er, da dies eben im Wesen des Spieles liegt, damit rechnen, daß er verliert. Ebenso ist aber auch anzunehmen, daß der Beauftragte das, was er verloren hat, an den Gewinner auszahlt, da dies das Normale und allgemein Übliche ist. Das Gesetz mißbilligt dies auch nicht, sondern will nur einen Erfüllungszwang ausschließen. Da sonach die Leistung des Beauftragten in der Regel als im Einverständnis mit dem

---

[5]) Planck a. a. O. S. 812; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 45 S. 160.

[6]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 51 S. 156; Rechtspr. Bd. 1 S. 374, Bd. 12 S. 96, Bd. 14 S. 30; Planck a. a. O. S. 812; Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 142; Cosack Bd. 1 a. a. O. S. 579; Fischer-Henle a. a. O. zu § 762 Anm. 3; Bode a. a. O. S. 24; Monke a. a. O. S. 67. And. M. Staudinger a. a. O. S. 1223; Oertmann a. a. O. S. 828; Gompertz a. a. O. S. 56; Rechtspr. Bd. 10 S. 187, Bd. 12 S. 94.

Auftraggeber erfolgt anzusehen ist, so ist es völlig unbedenklich, dem Beauftragten, der an sich an dem Spiele überhaupt kein Interesse hat, einen Erstattungsanspruch seiner Auslagen zu gewähren, zumal da es dem Auftraggeber freistand, den erteilten Auftrag vorher zu widerrufen. Die Ansicht, daß im Falle einer Spiel- oder Wettschuld dem Beauftragten ein Erstattungsanspruch schlechthin zu versagen sei, findet keine Stütze im Gesetz und würde als gegen Treu und Glauben verstoßend sehr oft als ungerecht empfunden werden.

Selbstverständlich kann es vorkommen, daß dem Anspruch des Beauftragten gegenüber seinem Auftraggeber nicht stattzugeben ist, und zwar namentlich dann, wenn die Parteien nur die Form des Auftrags gewählt haben, um einen Spiel- oder Wettvertrag klagbar zu machen. Ein derartiger Auftrag wäre natürlich als Spiel zu behandeln.[7]) Dagegen genügt, wie insbesondere das Oberlandesgericht Kiel hervorhebt, die Möglichkeit allein, daß die Vorschriften des § 762 BGB. umgangen werden können, nicht, um einen Spielauftrag den gleichen gesetzlichen Vorschriften wie das Spiel selbst zu unterwerfen.[8]) Auch ist eine etwaige Gefährdung des Auftraggebers hierbei schon mit Rücksicht auf §§ 118, 157 BGB. nicht zu befürchten.

Bezieht sich der Auftrag auf Spiele oder Wetten, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, so ist er nichtig.[9]) Eine Rückforderung des Geleisteten würde sich nach § 817 BGB. regeln.

Ein zu Spiel- oder Wettzwecken eingegangener Gesellschaftsvertrag unterliegt denselben Regeln wie ein Auftrag. Sonach sind vor allem die Mitgliederbeiträge klagbar. Ferner ist eine Klage gegeben auf gleichmäßige bezw. satzungsgemäße Verteilung von Gewinn und Verlust, während ein klagbarer Anspruch auf Vornahme einer Spiel- oder Wettätigkeit zu versagen ist.[10])

---

[7]) vgl. Planck a. a. O. S. 812.

[8]) Rechtspr. Bd. 12 S. 94; Staub a. a. O. S. 1596 Anm. 79.

[9]) vgl. insbes. Staudinger a. a. O. S. 1223; Dernburg, Bürgerl. R. a. a. O. Bd. 2 S. 143; Crome a. a. O. Bd. 2 S. 834 Anm. 35; Mengel a. a. O. S. 71; Gompertz a. a. O. S. 56; Rechtspr. Bd. 12 S. 94.

[10]) Staudinger a. a. O. S. 1223; Planck a. a. O. S. 812; Staub a. a. O. S. 1596 Anm. 78; Crome a. a. O. Bd. 2 S. 834; Mengel a. a. O. S. 63; Monke a. a. O. S. 67; Gompertz a. a. O. S. 56; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 43 S. 152.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.